

# Estudios contemporáneos de derecho privado

## Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones

Olenka Woolcott-Oyague • Diego Fernando Monje-Mayorca  
• Giovanni Comandé • Ramón Antonio Peláez Hernández  
• Andrea Alarcón-Peña

# PRIVADO

# 12

**OLENKA WOOLCOTT-OYAGUE.** Doctora en Derecho de los Contratos y Obligaciones por la Scuola Superiore S. Anna, Pisa. Abogada por la Universidad de Lima. Especialista en Derecho de los Negocios en la Unión Europea (IUSE) Turín. Docente e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Líder del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual. Contacto: olenka.woolcott@gmail.com

**DIEGO FERNANDO MONJE-MAYORCA.** Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Abogado por la Universidad Católica de Colombia. Profesor de Derecho de las Obligaciones y de los Contratos en los posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: dfmonje@gmail.com

**GIOVANNI COMANDÉ.** Doctor en Derecho Privado Comparado por la Scuola Superiore S. Anna, Pisa. Profesor ordinario de Derecho Comparado de la Scuola Superiore S. Anna. Contacto: [www.lider-lab.org](http://www.lider-lab.org); [g.comamde@santannapisa.it](mailto:g.comamde@santannapisa.it)

**RAMÓN ANTONIO PELÁEZ HERNÁNDEZ.** Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal y especialista en Derecho Procesal por la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Privado Económico por la Universidad Nacional de Colombia. Abogado por la Universidad Autónoma de Colombia. Miembro de los institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal. Profesor de posgrados en las universidades Católica de Colombia, Autónoma, Santo Tomás, Sergio Arboleda, Nacional y Externado de Colombia. Contacto: [ramon@pelaezabogados.com.co](mailto:ramon@pelaezabogados.com.co)

**ANDREA ALARCÓN-PEÑA.** Doctora en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia, España. Abogada por la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Comercial y de los Negocios y magíster en Derecho Económico por la Universidad Externado de Colombia. Investigadora de la Universidad Católica de Colombia. Profesora investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada. Contacto: [andreaalrcon@gmail.com](mailto:andreaalrcon@gmail.com)

IUS – Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de Derecho Privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y socio jurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento, de la comunidad académica.

#### OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN:

- La propiedad intelectual, las nuevas tecnologías y el derecho del consumo
- Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización
- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica
- El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH
- Aprendizaje colaborativo en el estudio de derecho de sociedades

Olenka Woolcott-Oyague • Diego Fernando Monje-Mayorca  
• Giovanni Comandé • Ramón Antonio Peláez Hernández  
• Andrea Alarcón-Peña

# Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Woolcott-Oyague, Olenka

Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones / Olenka Woolcott-Oyague, Diego Fernando Monje-Mayorca, Giovanni Comandé, Ramón Antonio Peláez Hernández y Andrea Alarcón-Peña.--

Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018

310 p. : 17 x 24 cm. —( Colección Jus Privado; no. 12)

ISBN: 978-958-5456-16-7 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-17-4 (digital)

I. Título II. Serie III. Monje-Mayorca, Diego Fernando IV. Comandé, Giovanni V.

Peláez Hernández, Ramón Antonio VI Alarcón-Peña, Andrea

1. DERECHO CIVIL 2. RESPONSABILIDAD CIVIL. 3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dewey 346 ed. 21

### Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 12 de febrero de 2018

2do concepto

Evaluación: 15 de febrero de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Olenka Woolcott-Oyague

© Diego Fernando Monje-Mayorca

© Ramón Antonio Peláez Hernández

© Giovanni Comandé

© Andrea Alarcón-Peña

Primera edición, Bogotá, D. C.

Junio de 2018

*Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

*Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

*Corrección de estilo*

Gustavo Patiño Díaz

*Diseño de colección*

Juanita Isaza

*Diagramación*

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

*Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

*Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

### Cómo citar esta obra

En APA:

Woolcott-Oyague, O., Monje-Mayorca, D. F., Comandé, G., Peláez Hernández, R. A. & Alarcón-Peña, A. (2018). *Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Woolcott-Oyague, Olenka, Diego Fernando Monje-Mayorca, Giovanni Comandé, Ramón Antonio Peláez Hernández y Andrea Alarcón-Peña. *Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

### Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

### Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas N° 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

**Facultad de Derecho**

**Grupo de investigación**

Estudio de derecho privado y propiedad intelectual

**Línea de investigación**

Derecho privado

**Proyecto de investigación**

Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate  
constitucional y los nuevos desarrollos de la economía-fase II (2017)



## Resumen

La responsabilidad civil, la transferencia del derecho de propiedad y la modernización contractual han sido materias de difícil tratamiento jurídico debido a su permanente evolución jurisprudencial y a la variedad de estudios doctrinales que buscan configurar su desarrollo e interpretación moderna.

La dinámica de la responsabilidad civil requiere una permanente adaptación a los constantes cambios sociales, adelantos de la ciencia y la tecnología, lo cual hace que este tema eventualmente repercuta dentro y fuera del derecho privado.

Partiendo de las anteriores premisas, surge este libro de investigación con el propósito de exponer la problemática más trascendente de la teoría general del derecho de daños, mediante el estudio del riesgo a nivel jurisprudencial, el método para transferir la propiedad en el ámbito del comercio internacional, la noción de la responsabilidad civil en el entorno europeo y latinoamericano, lo cual da como resultado una mayor amplitud sobre el panorama de la formulación y prevención del daño.

Se ha logrado sin duda un texto dogmáticamente enriquecedor y útil, tanto para el estudiante como para el practicante del derecho, quienes habitualmente deben afrontar problemas que exigen ser analizados de forma moderna, a la luz de los fundamentos de la responsabilidad civil.

### *Palabras clave*

Derecho civil, responsabilidad, propiedad, contratos, arbitramento, competencia.

## **Abstract**

Civil responsibility, the transfer of property rights, as well as contract modernization have been difficult legal issues due to their permanent jurisprudential evolution and the variety of doctrinal studies that seek to understand their modern development and interpretation.

The dynamics of civil responsibility requires a permanent adaptation to constant social changes, as well as to advances in science and technology, due to which this topic has implications both inside and outside private law. Based on the previous premises, this research book seeks to present the most transcendent problems regarding the general theory of the law of damages, by studying risk at the jurisprudential level, the method of transferring property in international commerce, and the notion of civil responsibility in Europe and Latin America, which offers a broader insight on the causes and prevention of harm.

This is, undoubtedly, an enriching and useful text both for students and for law practitioners, who usually face problems that need to be analyzed from a modern perspective, in light of the principles of civil responsibility.

### *Key words*

Civil law, responsibility, property, contracts, arbitration, competition.



## CONTENIDO

<b>Introducción</b> .....	13
---------------------------	----

<b>Capítulo 1.</b> Los criterios de imputación de la responsabilidad civil a través de una panorámica de las tendencias europeas, con énfasis en la línea de armonización del derecho europeo de daños .....	17
--	----

Introducción .....	17
--------------------	----

Distinción tradicional entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: Comprensión a partir de sus orígenes y desarrollo .....	20
--	----

Las reglas de responsabilidad civil en los Principios de Derecho Europeo de Daños (PETL): El paso de unos supuestos especiales de responsabilidad a la propuesta de una cláusula general.....	26
---	----

La imputación jurídica del daño en los PETL.....	26
--	----

Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL) como una síntesis de las reformas observadas en la experiencia europea .....	27
---	----

El Marco Común de Referencia (DCFR) .....	28
---	----

Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL).....	31
---	----

Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL) y su contraste con el Marco Común de Referencia (DCFR) .....	32
---	----

La noción objetiva de culpa .....	33
-----------------------------------	----

Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales: La culpa y la responsabilidad objetiva.....	34
--	----

Caracterización de los supuestos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva por riesgo en los PETL .....	34
---	----

Caracterización del supuesto de responsabilidad por culpa en los PETL .....	34
---	----

Caracterización del supuesto de responsabilidad por riesgo en los PETL .....	38
--	----

La influencia de los <i>Restatements of Torts</i> del derecho estadounidense .....	40
Una opción entre el <i>civil law</i> y el <i>common law</i> o entre una cláusula general y varios supuestos de responsabilidad objetiva .....	42
Requisitos para la aplicación de la cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades “anormalmente peligrosas” .....	42
Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil: Un proceso que delata la movilidad de los supuestos de responsabilidad entre la culpa y la responsabilidad objetiva .....	43
La inversión de la carga de la prueba de la culpa en general en los PETL: Una revisión comparada con el DCFR .....	45
Condiciones de aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los PETL y la complejidad para su implementación .....	49
<b>Capítulo 2.</b> De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva: examen de derecho comparado a partir de algunas experiencias latinoamericanas .....	53
Introducción .....	53
La experiencia peruana de la responsabilidad por culpa: La imputación subjetiva en la jurisprudencia anterior al Código Civil de 1984, el camino hacia la responsabilidad objetiva.....	54
La responsabilidad por culpa en el Código Civil de 1984: Una cláusula general como herencia del régimen de responsabilidad civil del Código de Napoleón .....	57
La inversión de la carga de la prueba en el supuesto de la responsabilidad por culpa del artículo 1969 del CC.....	62
La consagración de la responsabilidad objetiva como un supuesto especial de responsabilidad: Una diferencia que marca el Código Civil de 1984 respecto a los códigos civiles que lo precedieron.....	63
La concreción de la responsabilidad objetiva en el Código Civil de 1984: La responsabilidad por riesgo en el artículo 1970 CC.....	63
La experiencia colombiana de la responsabilidad por riesgo a la luz del artículo 2356 del CC .....	65
Consideraciones preliminares .....	65
La interpretación del artículo 2356 del Código Civil colombiano.....	67
La experiencia chilena de la responsabilidad por riesgo: Una presunción general de culpa por el hecho propio en la realización de actividades peligrosas (art. 2329 del Código Civil chileno y su equivalente art. 2356 del CC colombiano) .....	73
Conclusiones .....	78

<b>Capítulo 3. Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia .....</b>	<b>85</b>
Lineamientos generales de la distinción entre responsabilidad por culpa y sin culpa .....	85
Las tendencias actuales de la responsabilidad por culpa en Italia entre legislación, doctrina y jurisprudencia .....	92
La imputación culposa: entre la teoría psicológica y la teoría normativa .....	92
Las tendencias recientes en la responsabilidad profesional: el subsistema de la responsabilidad médica.....	96
Las tendencias recientes en la responsabilidad profesional obligatoriamente asegurada .....	105
Los criterios de imputación en el caso especial de la responsabilidad civil, arts. 2047 a 2054 del CC.....	109
<b>Capítulo 4. El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo.....</b>	<b>123</b>
Introducción.....	123
Antecedentes .....	126
La relación de la compraventa y la tradición: evidencia de una consensualidad .....	128
La teoría del “título” y “modo”, mecanismo para trasladar la propiedad .....	130
La vigencia de la “tradición” como modo para transferir derechos y transmitir cosas, y su presencia en la definición de la compraventa.....	133
El dar, la transferencia y la transmisión como obligaciones contractuales: tres diferentes estadios de la voluntad en el traslado del derecho de propiedad .....	136
El ámbito contractual de la transferencia y la transmisión.....	137
El procedimiento consensual para transferir derechos y transmitir .....	140
La manifestación de la voluntad en el Código de Comercio para especificar el instante del traslado en la compraventa .....	143
Conclusión.....	144
<b>Capítulo 5. La obligación de transferir la propiedad: ¿Un efecto característico del contrato de compraventa en Colombia? .....</b>	<b>145</b>
Introducción.....	145
El procedimiento consensual para transferir derechos y transmitir cosas.....	147
El método actual para transferir la propiedad en la compraventa .....	149
La pertinencia de la definición de compraventa comercial y su armonía con el procedimiento declarativo de la voluntad para transferir la propiedad en el Código Mercantil.....	151
La estructura teórica de la transferencia de la propiedad como un acontecimiento materializado en el negocio jurídico de la compraventa .....	153

La obligación de transferir la propiedad: ¿nace de la declaración de las voluntades de las partes contractuales o se origina del innato fuero interno de cada uno de los negociantes? .....	155
La disyuntiva de intuir la obligación de transferir el dominio .....	157
El instante de la transferencia de la propiedad en la compraventa.....	162
Error sobre el contenido de la declaración en el negocio jurídico de la compraventa.....	164
Conclusión.....	168

<b>Capítulo 6.</b> Protección de la libre competencia en Colombia: Influencia de la ley tipo de defensa de la competencia de UNCTAD y otros antecedentes normativos foráneos.....	171
Introducción.....	171
La normativa europea y norteamericana de protección de la libre competencia ....	174
Una visión de protección de competencia desde el derecho español .....	182
Protección de la competencia en la CAN.....	194
Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en Colombia.....	198
Protección de la libre competencia desde la Ley Tipo .....	200
Conclusiones .....	207

<b>Capítulo 7.</b> El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización .....	211
Introducción.....	211
Relaciones comerciales y globalización.....	215
Panorama actual .....	215
Incidencia de la globalización en lo normativo .....	218
El arbitramento en el contexto de los modelos procesales de solución de conflictos .....	221
Naturaleza jurídica .....	221
Puntos de convergencia .....	224
Puntos de divergencia .....	224
Ejes articuladores del arbitramento previsto en la Ley Modelo y el estatuto arbitral colombiano .....	226
Fundamentos para la adopción de una Ley Modelo .....	226
Estructura del proceso arbitral .....	229
El carácter solemne del acuerdo.....	229
Composición del tribunal .....	231
La duración del proceso .....	232
La actuación por audiencias.....	233

La naturaleza de la decisión .....	234
La procedencia de recursos contra el laudo arbitral.....	235
Las medidas cautelares.....	237
Conclusiones preliminares .....	238
<b>Capítulo 8. Arbitramento y derecho de acceso a la justicia. Aspectos procesales .....</b>	<b>241</b>
Introducción.....	241
El arbitramento desde la perspectiva constitucional .....	243
En el contexto de la Constitución de 1886.....	243
En el contexto de la Constitución de 1991.....	244
El pacto arbitral como presupuesto del arbitramento .....	249
El arbitramento en el contexto procesal .....	253
El proceso arbitral. Definición .....	253
Principios rectores en la actuación arbitral .....	254
Clases de arbitraje .....	258
Según quien lo conduce.....	259
Según la cuantía.....	259
Según la naturaleza del pronunciamiento .....	259
Los árbitros .....	259
Características del proceso.....	261
Estructura del proceso arbitral .....	261
Integración del contradictorio.....	262
Primera audiencia de trámite .....	268
Audiencias y pruebas.....	268
Medidas cautelares .....	270
Audiencias de alegatos y de laudo.....	270
El laudo arbitral. Efectos jurídicos .....	271
Recursos contra el laudo arbitral .....	272
Conclusiones preliminares .....	278
<b>Conclusiones generales.....</b>	<b>281</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>285</b>



## INTRODUCCIÓN

El presente libro, *Estudios contemporáneos de derecho privado: Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones*, es producto de la investigación que los autores realizaron en 2017, en el marco del proyecto “Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía, fase II” del Grupo de Estudio de Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

El volumen aborda las transformaciones por las que están atravesando las instituciones del derecho privado, con especial énfasis en la responsabilidad civil en cuanto a los criterios de imputación, a la propiedad en cuanto al régimen de transferencia, al régimen de competencia y al arbitramento en lo que respecta a las tendencias de unificación normativa que en el ámbito procesal se orientan al establecimiento de un procedimiento que responda de manera eficiente a la resolución de los conflictos en el contexto de la contratación, en el campo comercial y, bajo esa perspectiva, poder comprender la naturaleza jurídica de ese instituto, y la relación que tiene con el derecho de acceso a la justicia en el Estado social de derecho.

Los autores indagan sobre las innovaciones que el derecho continental europeo ha introducido en los documentos de armonización en los aspectos antes indicados, para lo cual, se han tomado como referentes los *Principles on European Tort Law* (PETL) y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y las Leyes

Modelo que en materia de contratación comercial ha diseñado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), para regular de manera particular lo concerniente al proceso arbitral. El análisis de la tendencia que se desprende de la perspectiva europea en cuanto a la institución de la responsabilidad civil y la propiedad permite identificar que tiene eco en Latinoamérica y así se puede constatar que el derecho colombiano se orienta hacia un afianzamiento de la división entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva por riesgo, con predominio de esta última aplicación que se desarrolla por la vía jurisprudencial.

El examen de los movimientos que experimentan los institutos jurídicos objeto de análisis, ha permitido entablar un diálogo con los correspondientes en el derecho colombiano, sin perjuicio de haberse considerado en algunos casos puntuales la necesidad de unas aproximaciones comparativas con el derecho chileno y otros.

Por otra parte, el estudio de la transferencia de la propiedad revela la necesidad de comprender este fenómeno a través de la naturaleza *obligacional* del contrato de compraventa que impera en la mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos. En este sentido, resulta interesante analizar las expresiones *dar, entregar, transmitir y transferir*, empleadas con frecuencia en los diferentes códigos civiles de herencia romanista —como el colombiano— para describir el traspaso de la propiedad. Situación que a la postre conduce a la necesidad de examinar la relación entre la compraventa y la tradición, con el fin de plantear una interpretación idónea del sistema causalista del *título* y el *modo* que permita descifrar su conveniencia en el derecho privado colombiano y de América Latina.

En este orden de ideas, y a propósito de la tendencia unificadora que en materia de contratación comercial se ha observado, se puede afirmar que ello responde, si se quiere, a una nueva realidad de negociación que plantean los esquemas comerciales en el mundo con la presencia de modelos de negociación virtual que permiten la relación intersubjetiva, mediante el uso de plataformas de información, en las que la presencia física de los negociantes ya no constituye un presupuesto formal de la misma, y sí, por el contrario, sirve como mecanismo dinamizador del mercado de bienes y servicios con estrategias de negocios tanto en el ámbito privado como en el público, que por virtud de la internet facilitan el acceso al mercado de la oferta y la demanda, y su correlativa materialización.



Las negociaciones en línea han llevado a una oferta comercial transnacional diversificada, a lo que se agrega la facilidad del desplazamiento de los actores del mercado, que a la postre supone una verdadera globalización del comercio. Por ende, al ser estas circunstancias una realidad hoy por hoy, se impone la necesidad de redimensionar las estrategias previstas para la concertación y la correlativa resolución de las controversias que se puedan suscitar con motivo de ese tipo de relaciones jurídicas.

Para este análisis, es necesario abordar algunos de los estándares que se han adoptado para dinamizar los procesos de contratación internacionales en lo que respecta a la manera en que estos se han de materializar y, de manera particular, respecto a la forma como se deben resolver las controversias entre los contratantes frente a un eventual conflicto de intereses suscitado con motivo del negocio jurídico, y donde, sin lugar a dudas, la regulación del comercio electrónico y el arbitramento terminan siendo las herramientas que por excelencia responden a unos direccionamientos generales que propician la instrumentación de unas adecuadas fórmulas que inciden en ese propósito.

Surge, por tanto, en ese marco normativo, la preponderancia en la resolución de los conflictos como uno de los aspectos de mayor preocupación de los sistemas jurídicos, en la medida en que está ligada a la convivencia pacífica que se logra precisamente cuando hay una intervención oportuna de las disputas.

Con este propósito se han diseñado estrategias que buscan la adopción de mecanismos de solución de controversias pensados en la necesidad de brindarle a la comunidad en general la certeza de que contarán con procedimientos expeditos en procura de una solución real y efectiva a la contienda.

Para ello, además de instrumentarse con modelos tradicionales que bajo la denominación de justicia formal suministran la infraestructura necesaria al judicializado para acudir a las instancias que corresponda en procura de una tutela judicial efectiva, aparecen de manera coetánea otros, como el proceso arbitral, que constituye un mecanismo de naturaleza alternativa que termina siendo una muy interesante estrategia que busca propiciar una solución oportuna a los eventuales conflictos que con motivo de la interpretación o cumplimiento de los contratos se suelen suscitar en el entorno jurídico a propósito de la marcada influencia que ha tenido la denominada globalización, la que muy a pesar de tener incidencia en lo económico, ha irradiado los ámbitos propios del derecho, a tal punto que muchos

de los mecanismos referidos responden a unos lineamientos generales que terminaron instrumentándose en la normativa interna de cada país; unificación que a la postre redundó en términos positivos especialmente cuando de regular las relaciones jurídicas de carácter comercial, y la forma de intervenir los conflictos suscitados en ellas, se trata.

Finalmente, el presente volumen representa una ocasión para destacar la participación del colega italiano Giovanni Comandé, profesor ordinario de la Scuola Superiore S. Anna de Pisa, en la investigación conjunta de los autores, cuyo trabajo permite acceder a una confrontación del derecho italiano con los lineamientos que marcan los proyectos de armonización europea para los criterios de imputación de la responsabilidad civil.

# LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A TRAVÉS DE UNA PANORÁMICA DE LAS TENDENCIAS EUROPEAS, CON ÉNFASIS EN LA LÍNEA DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE DAÑOS

Olenka Woolcott Oyague

## Introducción

La confrontación entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva es abordada en los dos primeros capítulos del presente libro, en ellos se pone de relieve el camino fatigoso por el que la jurisprudencia ha transitado, y continúa haciéndolo, en algunos sistemas jurídicos, al tratar de superar una tendencia de corte tradicional en la aplicación del principio general de responsabilidad por culpa.

Históricamente se reconoce una convivencia entre las reglas de responsabilidad subjetiva y objetiva, no obstante que los supuestos de responsabilidad objetiva para determinadas situaciones de daños fueron los primeros en asomar en la escena de la responsabilidad. En efecto, desde la consagración de la regla subjetiva en el *Code Civil* francés de 1804, los sistemas jurídicos se inclinaron predominantemente a la aplicación indiscutible de la regla de la responsabilidad por culpa, luego tomaron fuerza las corrientes objetivistas de la responsabilidad, las cuales dieron lugar a una nueva fase en la evolución de la responsabilidad

civil, donde no solo se admite la existencia del criterio de imputación subjetivo, sino que junto a él se reconoce la existencia de otros criterios de imputación, más bien de naturaleza objetiva. De allí que el debate doctrinario y la jurisprudencia oscilen entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

La evolución que ha tenido la responsabilidad da cuenta de un carácter de gradualidad con el que se expresa la responsabilidad objetiva. Es decir, que por esta última no se entiende un determinado supuesto de responsabilidad con características pétreas, sino todo lo contrario, pues comprende un abanico de posibilidades en que se puede manifestar la responsabilidad objetiva sin que llegue a ocupar el terreno de la seguridad social. En este orden de ideas, se puede hablar de un supuesto de responsabilidad por riesgo, por el cual, se le admite al demandado exonerarse de responsabilidad con la prueba de la causa extraña. En otros casos, el legislador puede contemplar un supuesto especial de responsabilidad objetiva por riesgo, en el cual se admita la liberación del demandado solo con la prueba del hecho de un tercero, por lo que la extensión y la contundencia de la responsabilidad objetiva dependerá de la decisión del legislador en la determinación del espacio o de las posibilidades que concede al causante del daño para exonerarse de responsabilidad. También puede suceder que el legislador contemple supuestos de responsabilidad objetiva con indemnización tarifada, como es el caso que se observa en el derecho colombiano, de los artículos 1827 y 1835 del Código de Comercio, los cuales prevén también la obligación de un seguro de responsabilidad civil, en el que además se puede apreciar una conjunción de instituciones, la responsabilidad civil y la seguridad social, debido en este último caso, a la exigencia administrativa de dicho seguro obligatorio.

En ese sentido, se puede afirmar que un supuesto de responsabilidad puede ser más o menos objetivo en relación con otro.

Asimismo, se ha considerado que la distinción entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva constituye una diferencia fundamental que se encuentra presente en todos los sistemas jurídicos europeos como un principio estructural del derecho y está sostenida por la dogmática actual de la responsabilidad civil, lo que permite vislumbrar el futuro del derecho de daños en cuanto a que esta división clásica de la responsabilidad se mantendrá en el tiempo.<sup>1</sup>

1 Cfr. Nils Jansen, "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", *Indret*, núm. 02/2003 (2003), [www.indret.com](http://www.indret.com).

Sin embargo, existen varios casos en los que, debido a una imposibilidad dogmática de aplicar la responsabilidad por culpa, el agente causante del daño queda liberado de responsabilidad.<sup>2</sup> Frente a dicha dificultad para la víctima de acceder a una indemnización, se propone, según Von Bar, una extensión de la responsabilidad por riesgo y una delimitación de la responsabilidad por culpa con el fin de “preservar la capacidad funcional de la responsabilidad por culpa”.<sup>3</sup>

La referida constatación evidencia que una división rígida entre la culpa y la responsabilidad objetiva se contradice por la propia realidad de cómo tienen lugar los hechos dañosos y la necesidad de indemnizar a las víctimas. Desde esta perspectiva, surgen los cuestionamientos a la *summa divisio* en el sentido de que es necesario reconocer, por un lado, que existe una diferencia de grado que se desprende de la propia aplicación de las normas de la responsabilidad, entre lo subjetivo y lo objetivo, lo que constituye parte del tratamiento que se afrontará en los dos primeros capítulos del libro, desde latitudes diferentes, pero vinculadas entre sí por la inquietud de verificar el movimiento de las tendencias de la responsabilidad, y por otro lado, que deben tenerse en consideración para el examen del propio sistema jurídico, las más recientes propuestas que tienden a uniformar el derecho de daños europeo.

Precisamente, el objetivo que se persigue con el tratamiento de la aproximación de los regímenes de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva consiste, en primer lugar, en determinar la existencia de una tendencia en el derecho europeo que revela la mencionada aproximación y así también, sugerir como un indicador actual de dicha tendencia los recientes documentos europeos de armonización del derecho europeo de daños. En segundo lugar, se busca establecer una conexión con las orientaciones que fluyen de algunos sistemas jurídicos latinoamericanos en esa misma línea de aproximación o no de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

.....  
2 Un ejemplo de la mencionada situación se da en un caso que ocurrió en Inglaterra en 1951 y que es reportado por Jansen, Bolton vs. Stone, en el que una señora que se encontraba ubicada en la calle delante de su casa se vio alcanzada por una pelota de críquet y sufrió serios daños. Señala Jansen que los jueces ingleses concedieron la indemnización gracias a que hubo un acuerdo entre el juez y los abogados del club de críquet. Esta solución, precisa el autor, no habría sido posible en Alemania, donde el razonamiento se habría ceñido al argumento de que los clubes de fútbol deben asegurarse de que las ventanas de los vecinos no serán alcanzadas por los balones. Como se observa, se trata de una perspectiva basada en la diligencia debida; es decir, en una responsabilidad por culpa sin cuyo fundamento no habría indemnización. Ibid.

3 Ibid., 4.

La identificación de unas corrientes o tendencias permitirá contrastar las características que presentan en el derecho europeo y en el derecho latinoamericano, lo cual tiene relevancia para permitir a los jueces, en el caso de los sistemas latinoamericanos, adoptar posiciones suficientemente argumentadas y acordes a la realidad y, sobre todo, adecuadas a las exigencias indemnizatorias de la víctima de daños, teniendo en cuenta que para los fines de establecer la responsabilidad por actividades riesgosas o utilización de bienes riesgosos, no es común encontrar en los ordenamientos jurídicos una norma que expresa y claramente disponga la aplicación de la responsabilidad objetiva, librándose de esta manera a los jueces de la interpretación de la misma en un sentido más o menos objetivo, donde indiscutiblemente podrá tener especial incidencia el peso de la tradición subjetivista, en unos casos más que en otros, circunstancia que perdura aún en el siglo XXI.

### **Distinción tradicional entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: Comprensión a partir de sus orígenes y desarrollo**

Si bien en el derecho romano se pueden encontrar unos atisbos que remiten a una indemnización por un daño causado, no es dable afirmar que en ese contexto tuviera lugar la responsabilidad civil como la que rige en la actualidad. En efecto, la *lex Aquiliae* del derecho romano es solo un antecedente remoto de la indemnización de daños, en la cual el concepto de pena se encuentra en la base de la Antigua Roma y servía no para indemnizar a la víctima, sino para ofrecerle una adecuada venganza por la conducta injusta de quien causó el daño.<sup>4</sup> Se trataba de un contexto en el cual las nociones de *antijuridicidad* y *culpa* armonizaban con el concepto romano de *indemnización del daño*, por describir el comportamiento que merecía ser sancionado, sin tener espacio alguna alternativa entre la culpa y un factor objetivo de imputación del daño.

Sin perjuicio del rol que tuvieron los juristas europeos de la Edad Media, quienes prepararon el camino para la responsabilidad civil actual, tendrá que esperarse hasta la consagración de la culpa como criterio de imputación fundamental, inicialmente único, en el Código de Napoleón de 1804 para que tuviera lugar un desarrollo de la institución de la responsabilidad civil y, con ella, el devenir de

.....  
4 Ibid.

las discusiones entre los defensores del subjetivismo y las corrientes objetivas de la responsabilidad.

En ese sentido, se puede afirmar que el sistema de imputación de responsabilidad civil privilegia a la culpa como el criterio de imputación, atendiendo a sus orígenes como sistema normativo que se contempla por primera vez en el *Code Civil* de 1804. Bajo el esquema subjetivista tradicional, la culpa se comporta como el principio que ordena todo el sistema de responsabilidad, sin perjuicio de la existencia o convivencia de unos supuestos especiales que no necesariamente la contienen en calidad de fundamento de la imputación.<sup>5</sup>

La consagración de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil se remonta a la labor de los redactores del Código de Napoleón, plasmada en los trabajos preparatorios de ese cuerpo legal. Dichos trabajos parten de la idea de que todo sujeto es garante de su propio hecho y en caso de que se produzca un daño a otro debe resarcirse aún cuando no se haya causado con intención, sino solo con ligereza, imprudencia o negligencia. Igualmente, allí mismo se considera que la responsabilidad por culpa cumple una función de reproche de la conducta dañosa sin exigir la configuración de un ilícito penal, con lo cual se demarca la autonomía de la responsabilidad civil en relación al derecho penal<sup>6</sup>, sobre todo porque este último se rige por el principio de tipicidad que es contrario a la tradicional cláusula francesa de la responsabilidad por culpa. En este sentido, “la regla general es que nadie puede con sus propias acciones causar daño a otro impunemente y solo puede ser exonerado si demuestra haberse encontrado en la imposibilidad de evitarlo”.<sup>7</sup> En esta línea, la noción de culpa designa las razones por las cuales se puede reprochar al causante del daño el haber cometido un acto contrario a derecho.<sup>8</sup>

De esta manera, los franceses erigieron la responsabilidad por culpa a la categoría de principio general, con lo cual tendría un alcance sumamente amplio de

5 Francesco Busnelli, “Nuove frontiere della responsabilità civile”, (*Jus*, 1976), 62-78.

6 Giovanna Visintini, “La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad”, (En *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1. Buenos Aires: Astrea, 1999).

7 Ibid., 4.

8 Suzanne Carval, *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, 2009, [www.grerca.univ-rennes1.fr](http://www.grerca.univ-rennes1.fr).

aplicación la norma correspondiente del Código Civil francés<sup>9</sup>, no solo respecto al hecho personal sino también con respecto al hecho de otro y al hecho de las cosas, donde el fundamento de imputación de la responsabilidad sea la falta de vigilancia, la negligencia o la impericia.

Esta línea de pensamiento se reflejó en la interpretación y aplicación de la culpa en el derecho de la responsabilidad de inspiración francesa, de finales del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, y así ocurrió en los ordenamientos civiles latinoamericanos, como es el caso del derecho civil peruano o el derecho colombiano de la misma época, para citar unos ejemplos que evidencian su consagración. Sin embargo, si bien se puede encontrar en el Código Civil francés el origen normativo de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad tal como se consagra en los códigos civiles derivados de dicha matriz, cabe reconocer que ha sido la jurisprudencia de cada sistema jurídico la que ha asumido la labor de interpretar la culpa dándole un contenido y a su vez, permitiendo que surjan nuevos criterios de imputación de responsabilidad que se apartan de la noción de culpa en el sentido tradicional de único fundamento de la responsabilidad.

En este sentido, modernamente surgen cuestionamientos frente a la atribución a la culpa de un papel unificador de todo el sistema de responsabilidad y en consecuencia en ningún país de Europa puede predicarse la hegemonía de la culpa como único fundamento para la imputación, aunque conserve cierta autoridad de carácter simbólico, lo cual le asegura, de alguna manera, cierta prevalencia en la enunciación de los casos de responsabilidad.<sup>10</sup> De una parte, dicha pérdida de hegemonía tiene que ver con el hecho de que la evolución de la responsabilidad civil ha permitido identificar nuevos criterios de valoración jurisprudencial que tienen naturaleza objetiva; y, de otra parte, tiene que ver con el hecho de que en la propia aplicación del criterio de imputación de responsabilidad, la jurisprudencia suele recurrir a los argumentos presuntivos, basados en el *id quod preluoque accidit*, a través de los cuales se llega a prescindir del examen de la conducta del

9 En este sentido se pueden ver los artículos 1382 y 1383 del *Code Civil*. El artículo 1382 del CC francés señala: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause a autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer"; el artículo 1383 del CC francés prevé: "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

10 Ibid.



imputado por responsabilidad<sup>11</sup>, desnaturalizando así la calidad de responsabilidad por hecho propio o personal que ha constituido, desde sus orígenes, el escenario de aplicación del criterio subjetivo de imputación.

Pese a lo señalado y a las posiciones contrarias al predominio de la teoría subjetiva de la responsabilidad, se puede apreciar sobre todo en el plano jurisprudencial que la culpa sigue vigente y que ha ampliado su aplicación a la culpa profesional, respecto de la cual ha tenido un frondoso desarrollo, al punto que algunos han calificado dicho fenómeno como la *renaissance* o *verdeur* de la culpa.<sup>12</sup>

Por su parte, las nuevas corrientes doctrinales sobre la responsabilidad sin culpa se abrieron paso especialmente en materia de daños por las cosas custodiadas y en los accidentes laborales e incluso se consideraba hacia fines del siglo XIX que una apreciación rigurosa de la culpa en el sentido del brocardo romano *in lege Aquilia et levissima culpa venit* era acorde a las nuevas tendencias de la responsabilidad.<sup>13</sup> En efecto, los juristas de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX eran conscientes de la existencia de un imperativo moral por el cual se debe poner el máximo cuidado para evitar la violación del derecho de los demás, lo que constituye “una regla cardinal para la sociedad civil diseñada para la codificación”, y en esta línea de pensamiento, la culpa levisísima constituye una falta más grave que la culpa contractual de cualquier grado, al consistir en la violación de un deber que impide la libertad humana.<sup>14</sup>

En ese periodo inicial del siglo XX ya se entendía que la construcción jurisprudencial de los supuestos de responsabilidad objetiva pasaba por una fase del recurso a las presunciones de culpa, a través de lo cual se lograba un mayor rigor en la valoración de la culpa. Y en la medida en que se notaba que las acciones adoptadas para prevenir los accidentes no eran suficientes para su prevención, se llega a entender que era oportuno pasar de la asunción de los deberes de diligencia

11 Massimo Franzoni, “Prevenzione e risarcimento del danno da prodotti industriali”, (*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982), 101-18.

12 Philippe Le Tourneau, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)”, (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, 503-530), 503.

13 Cf. Vittorio Polacco, “Le obbligazioni nel diritto civile italiano” (Roma: Athenaeum, 1898), 468; Gian Pietro Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno* (Milán: Giuffrè, 1903). T.I., 139.

14 Chironi, “*La colpa nel diritto*”, 140.

a la carga de los riesgos que conlleva la actividad desarrollada, lo que configura, en definitiva, un esquema de responsabilidad objetiva.<sup>15</sup>

Este desarrollo de los nuevos supuestos de responsabilidad civil tiene lugar sobre todo en la segunda parte del siglo XX, y “no tanto por la intervención del legislador sino por obra de los jueces que han desempeñado un papel muy influyente e innovador en la interpretación e integración de las normas codificadas”.<sup>16</sup>

Salvi<sup>17</sup> explica que la nueva perspectiva de la responsabilidad civil se afirma en la tercera década del siglo XX y en Italia como en otros países europeos, hacia mediados de ese siglo. Bajo esta óptica, se considera que la reparación del daño no puede ser vista como la consecuencia de la aplicación de unas reglas con finalidad esencialmente preventiva y represiva de las conductas dañosas que contrastan con los parámetros de tolerancia social, sino que debe ser entendida como el fin principal de la institución, el que halla su límite en el propio hecho del responsable. De esta manera, precisa Salvi<sup>18</sup> que “se cambia el principio liberal: pues se pregunta si existe una buena razón no para que el autor de un daño deba responder, sino para que se niegue el derecho de la víctima al resarcimiento”.

Siguiendo esa línea de pensamiento, era coherente que, para el modelo liberal de la responsabilidad civil, la culpa fuera el principio unificador de la institución, bajo el cual, solo responde aquel a quien se puede atribuir el criterio subjetivo de imputación del daño. En cambio, bajo un enfoque solidario de la institución se centra la mirada en la situación desventajosa en que se halla la víctima del daño y, lógicamente, el derecho debe ampararla a través del resarcimiento del daño, teniendo como premisas la seguridad de los individuos en la sociedad, así como la repartición de los recursos. Desde una perspectiva económica, esta nueva orientación de la responsabilidad se sustenta en la idea de que el costo social de las actividades productivas debe ser incorporado en los costos de producción y no permitir su descanso en la colectividad.<sup>19</sup>

.....  
15 Visintini, “La culpa como criterio de imputación”.

16 Ibid., 45.

17 Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (Diritto Vigente)”, (En *Enciclopedia del Diritto* XXXIX, 1187 y 1225. Milán: Giuffrè, 1988).

18 Ibid., 1193.

19 Leon Green, “The Duty Problem in Negligence Cases”, (*Columbia Law Review* XXVIII, 1928), 1014-50.

En ese contexto de evolución de los tiempos y cambios sociales y económicos, la jurisprudencia fue ampliando el campo de aplicación de la responsabilidad civil a nuevas hipótesis de daños, lo que representó un terrero fértil para el surgimiento y el desarrollo de los supuestos de responsabilidad objetiva, donde ya no tuviera lugar la preocupación central en la conducta culposa del agente del daño sino otras razones jurídicas para la imputación de la responsabilidad.

En esta línea de evolución de la responsabilidad se abren paso las nuevas tendencias que identifican, en un primer momento, un principio general de responsabilidad objetiva que se articula sobre el riesgo que introducen las actividades económicas y que se opone al principio de la culpa, instaurándose un sistema bipolar de la responsabilidad: culpa y riesgo.<sup>20</sup>

En cuanto a la justificación de la señalada bipolaridad de la responsabilidad, cabe anotar que la doctrina alemana, inspirada en la tesis de Esser<sup>21</sup>, explica que mientras el derecho de la responsabilidad por culpa sirve solo a la justicia compensatoria, el derecho de la responsabilidad por riesgo afecta a la distribución de los riesgos inevitables de daños, los cuales constituyen aquellos que derivan de la industrialización y el desarrollo de la tecnología. En el primer caso, se tienen en cuenta solamente los intereses en conflicto, mientras en el segundo, se busca la repartición de los beneficios y las cargas en un grupo de casos. Por ello, se afirma que, en este último tipo de justicia, la responsabilidad por riesgo funciona como un seguro colectivo.<sup>22</sup>

En efecto, cabe resaltar que los cambios que afronta el instituto de la responsabilidad en su estructura y elementos que la conforman, obedecen al incremento de situaciones de daños resultantes del desarrollo de las actividades económicas. Esta realidad explica el paso de un modelo liberal de la responsabilidad a otro de carácter solidario, en el que se reconocen las dificultades que tienen que afrontar las víctimas de daños, fundamentalmente de índole probatoria, para aspirar al resarcimiento. Así también, se explica la necesidad de nuevas hipótesis

.....  
20 Cf. Pietro Trimarchi, "Rischio e responsabilità oggettiva" (Milán: Giuffrè, 1961); Boris Starck, "Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile" (París: L. Rodstein, 1947).

21 Jansen, "Estructura de un derecho europeo de daños", 11.

22 Un sector de la doctrina se inclina por considerar errada la diferencia entre la responsabilidad por riesgo y por culpa atendiendo el argumento de que en la responsabilidad por culpa también existe una valoración de tipo distributivo, desde que la responsabilidad civil se limita a los daños causados por negligencia. Ibid.

de responsabilidad, en las cuales, si bien el riesgo se proyecta como el principal factor de atribución de imputación objetiva, no es el único en el terreno de la responsabilidad objetiva para hacer frente al problema resarcitorio de los daños, tal como es el caso, relativamente novedoso pero complejo criterio de imputación de la responsabilidad del productor.<sup>23</sup> De lo cual se puede concluir que la responsabilidad objetiva no alcanza a tener la calidad de principio general de responsabilidad, a diferencia de la culpa, toda vez que está conformada por la sumatoria de criterios de imputación de naturaleza objetiva.

Con estas premisas se considera oportuno afrontar el examen de la bipolaridad de la responsabilidad en los documentos de armonización del derecho europeo de daños para constatar su vigencia y, eventualmente, su novedosa reformulación.

### **Las reglas de responsabilidad civil en los Principios de Derecho Europeo de Daños (PETL): El paso de unos supuestos especiales de responsabilidad a la propuesta de una cláusula general**

#### *La imputación jurídica del daño en los PETL*

Los Principios de Derecho Europeo de Daños, conocidos por sus siglas en inglés como los PETL (*Principles of European Tort Law*) no prevén una cláusula general de responsabilidad civil y, en cambio, proponen la teoría subjetiva y la teoría objetiva en una fórmula de paridad, sin atribuir una jerarquía a una u otra.

A continuación, se examina la “imputación jurídica” de los daños a la luz de una propuesta de armonización del derecho europeo de daños, esto es, el documento que contiene los PETL, el cual, puede ser considerado un instrumento valioso para el derecho comparado al contener posiciones que sintetizan una necesidad en el plano europeo para hacer frente a la indemnización de los daños en los tiempos actuales y que traduce algunos lineamientos forjados en la jurisprudencia europea.

23 Woolcott, *La responsabilidad del productor* (Bogotá: Ibañez, 2007).

• Los criterios de imputación de la responsabilidad civil •

### Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL) como una síntesis de las reformas observadas en la experiencia europea

Los PETL constituyen una propuesta de armonización del derecho de daños en Europa que comporta una reelaboración del esquema tradicional del instituto de la Responsabilidad Civil, donde se parte de destacar el deber de responder y a su vez aportan una respuesta general a la lesión de los intereses de la persona. En esta línea, se abandona la fórmula tradicional de la división de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, así como la clásica división de la responsabilidad contractual o delictual y se cede el paso a una tendencia del derecho de daños con una disciplina común, tal como se puede observar en el caso del proyecto francés de 2005<sup>24</sup> y del proyecto de Código Civil argentino de 2012 que más tarde se convirtiera en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.<sup>25</sup> Estos textos legales contienen unas normas comunes para la responsabilidad contractual y extracontractual. Sobre el particular, han considerado los juristas europeos que se confirma una tendencia del derecho europeo de daños a desligarse de la visión tradicional de la responsabilidad civil, pero sin desconocer las diferencias.<sup>26</sup> Sabrina Lanni pone en evidencia que el Código Civil rumano de 2011 constituye una “síntesis de la amplia reflexión de que han sido objeto las características y los límites del instituto, también a la luz de las perspectivas europeas y de las nuevas instancias sociales”<sup>27</sup> y, en este sentido, dicho cuerpo normativo es un ejemplo que contiene una reelaboración de la responsabilidad civil así como las propuestas europeas de armonización del derecho de daños.

24 En este sentido, es ilustrativa la experiencia francesa que expresa la necesidad de unir las normas principales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual a través de la elaboración de un proyecto de Código Civil que constituye un referente de importancia para el estudio del derecho privado comparado. Se trata del *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, conocido como Proyecto Catalá, en el cual se prevén unas normas comunes a los mencionados sistemas de responsabilidad que parten de la premisa del artículo 1340: “*tout fait illicite ou anormal*” (Francesco Busnelli, “L’illecito Civile Nella Stagione Europea Delle Riforme Del Diritto Delle Obbligazioni”, *Rivista Di Diritto Civile*, 2006, 439-58; Michelle Giorgiani, “La Responsabilità Civile E La Rivalutazione Della Figura Generale Dell’obbligazione”, *JUDICIUM*, 2012, 1-30). Más recientemente, se aprecia esta tendencia a la unidad de ambos regímenes de responsabilidad en el Código Civil rumano de 2011, tal como lo destaca Lanni al abordar el estudio de ese nuevo Código Civil. Sabrina Lanni, “La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano”, (*Revista de Derecho Privado*, 25, 2013), 221-36.

25 El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina fue aprobado por Ley 26.994, promulgado el 7 de octubre de 2014 y publicado en la edición del Boletín Oficial N.º 32.985 del 08 de octubre de 2014.

26 Lanni, “La reelaboración de la responsabilidad civil”, 225.

27 *Ibid.*, 225.

En esta misma línea se ubica el proyecto de reforma del derecho de obligaciones del Código Civil francés de 2005<sup>28</sup> el cual expresa también la necesidad de reformular el instituto de la responsabilidad civil, al disponer unas normas comunes para el campo contractual y extracontractual, sin desconocer las diferencias que existen entre ambos.

Lanni destaca con razón que “la reelaboración de la responsabilidad civil es el reflejo de un acogimiento de lo que ya había emergido en algunas experiencias jurídicas en relación con el instituto en el ámbito de la disciplina del derecho civil especial”<sup>29</sup> y para ello cita como ejemplo el tema de la responsabilidad por los daños al consumidor. En efecto, el supuesto de la responsabilidad del productor representa un caso paradigmático de los presupuestos tradicionales de la responsabilidad civil. En este específico campo de la responsabilidad, por un lado, se abandona la *summa divisio* en base a la fuente contractual o extracontractual para los fines de dar una respuesta a la necesidad de indemnización que debe afrontar una víctima por daños derivados del consumo de productos defectuosos y, por otro lado, se atribuye a la teoría de la responsabilidad civil un nuevo significado y dimensión.<sup>30</sup>

#### El Marco Común de Referencia (DCFR)<sup>31</sup>

En la línea de propuestas innovadoras de la responsabilidad civil, se ubica junto a la propuesta de armonización europea de los PETL la del Marco Común de Referencia (DCFR), ambos documentos parten de unas reglas generales para garantizar el derecho a la reparación y así restablecer a la víctima al momento anterior a la producción del daño.

El Marco Común de Referencia, conocido por sus siglas en inglés como DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), representa un objetivo político de la

28 Francesco Busnelli y Salvatore Patti, *Danno e responsabilità civile* (Turín: Giappichelli, 2013).

29 Lanni, “La reelaboración de la responsabilidad civil”, 228.

30 La naturaleza híbrida y compleja del supuesto de la responsabilidad del productor quiere significar que no puede ser circunscrito en la esfera contractual, aunque la circulación de los productos tenga lugar a través del contrato. En efecto, las víctimas de productos defectuosos deben poder accionar directamente contra el fabricante del producto cuyo consumo o uso generó el daño, a pesar de que no tenga un vínculo contractual con este. Woolcott, “La responsabilidad”.

31 La sigla en inglés DCFR constituye la manera usual de citación del documento para significar Marco Común de Referencia.

Unión Europea y, en esa medida, no existe aún. En sentido estricto, como precisa Ricardo De Ángel Yagüez (2014) constituye un “plan de acción” propuesto por la Comisión Europea en dos documentos, de febrero de 2003 y octubre de 2004.<sup>32</sup>

El documento europeo DCFR como su título lo indica, configura un borrador del Marco Común de Referencia, resultado de las labores de dos grupos de trabajo integrados por más de un centenar de juristas europeos, con una relevante participación de juristas británicos, circunstancia esta última que ha determinado una conciliación de las culturas jurídicas del *civil law* y del *common law*.

Los grupos de trabajo antes aludidos son el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), cuya finalidad era la de sistematizar y consolidar el derecho privado europeo comunitario. La obra se publicó en el 2009.<sup>33</sup> El subtítulo de la misma, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law y Draft Common Frame of Reference* (DCFR) conlleva la esencia de la obra. En efecto, se aprecia la orientación a la identificación de “reglas generales”, precisamente, lo que se destacaba inicialmente en el presente apartado respecto tanto a los PETL y al DCFR.

El DCFR constituye un documento académico<sup>34</sup> que no pretende unificar todo el derecho europeo, sino armonizar el área del derecho de las obligaciones y los contratos, aunque un grupo de juristas europeos se haya inclinado por un “imaginario Código Civil europeo” lo cual, constituye solo una ilusión tal como lo

32 El documento de 2003, COM (2003), 68 final, párrafo 68, tiene por finalidad despertar reflexiones y debate sobre la propuesta, “con la participación de las instituciones de la Comunidad Europea y de la población, incluidas las empresas, las asociaciones de consumidores, el personal académico y los profesionales de la justicia”. Por su parte, el documento de 2004 estaba dado por una comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulado “Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”. Consistía en un programa para ser implementado, que contenía los objetivos, procedimientos y otras funciones del DCFR, con lo que se esperaba su adopción por la Comisión en el año 2009. De esta manera, el anexo I estableció la posible estructura del DCFR compuesta por principios, definiciones y reglas modelo, a través de un sistema de artículos de un código. Las reglas modelo tenían por objeto servir de guía al legislador. Ricardo De Ángel Yagüez, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración”, (*Boletín JADO, Bilbao: Academia Vasca de Derecho XIII*, 26, 2014), 10.

33 Una versión oficiosa de la obra se publicó en español en el 2011 y corresponde a la coordinación de Eduardo Valpuesta, (Coord.) (*Unificación del derecho patrimonial europeo, Marco Común de Referencia y Derecho Español*, Barcelona: Bosh, 2011).

34 El DCFR tiene entre sus objetivos ser utilizado por la doctrina jurídica, así como servir de fuente de inspiración a los proyectos de reforma de los códigos nacionales y a los tribunales para la solución de los casos. María del Pilar Perales Viscasillas, “Aplicación jurisprudencial de los principios de derecho contractual europeo”, (*En Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, ed. M. Díaz Romero y otros. Madrid: Civitas, 2008), 453-500.

califica Ricardo De Ángel Yagüez<sup>35</sup>, debido a las profundas diferencias culturales entre los países de la Unión Europea, en especial, respecto a determinadas áreas del derecho, como el de familia o sucesiones. Se reconoce un valor especial a la obra no solo por la propuesta que contiene, sino por los comentarios y notas que dan cuenta de los fundamentos de cada artículo y de cómo se regula cada tema tratado en los artículos en los respectivos derechos nacionales europeos.

El proyecto normativo de que se trata, de carácter eminentemente académico, materializa, como también lo hacen otros proyectos de armonización europea, una tendencia o fenómeno que ya se podía observar en la producción normativa de los órganos de la Unión Europea de las últimas décadas, como es la aproximación que se ha venido produciendo de los sistemas jurídicos de *civil law* y del *common law*.<sup>36</sup>

El libro VI del DCFR está referido a la responsabilidad extracontractual, lo que en el texto del documento europeo aparece bajo el título de *Non-contractual liability arising out of damage caused to another*. Esa terminología se debe, de acuerdo a los *Comentarios del proyecto europeo*, a una intención de evitar el uso de la palabra *torts* que es el término empleado en el *common law* para comprender todo supuesto de responsabilidad extracontractual, así como evitar el clásico *délit* del derecho francés.<sup>37</sup>

Respecto a los criterios de imputación de responsabilidad, punto que atrae la especial atención en el presente y siguiente capítulo, el DCFR les dedica el capítulo tercero del proyecto, donde se parte de la regla general de la responsabilidad por dolo o por culpa, cuyos conceptos no coinciden con la doctrina tradicional, pues tienen la influencia de la *intention* y la *negligence* del *common law*. En relación a los PETL, proyecto europeo de armonización de los contratos y obligaciones que ocupa la atención preferencial en el desarrollo del tema, el DCFR propone una posición preferente por el criterio de imputación subjetivo con una

35 Ricardo De Ángel Yagüez trata sobre los diferentes proyectos europeos de unificación o modernización del derecho de obligaciones. Ricardo De Ángel Yagüez, *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas* (Barcelona: Civitas, 2013), 14.

36 Sobre la caracterización de los sistemas jurídicos en el mundo se remite a la obra maestra Rene David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1973). Y sobre una confrontación entre el derecho continental europeo y los derechos del grupo anglo-americano ha tratado José Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental. Discurso de apertura de los tribunales* (Madrid: Reus, 1956).

37 De Ángel Yagüez, "Derecho de obligaciones".



consagración de distintos supuestos de responsabilidad “sin dolo o culpa”<sup>38</sup>, expresión empleada en el documento europeo para aludir a la responsabilidad objetiva. En cambio, los PETL colocan el criterio subjetivo de imputación indiferentemente con el criterio de responsabilidad objetiva, el cual, más bien tiene una aspiración de convertirse en una regla general en este último documento, tal como se verá más adelante, al explicar, en primer lugar, el tratamiento que se da a la inversión de la carga de la prueba de la culpa y en segundo, a la responsabilidad objetiva por riesgo.

### Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL)

Los PETL, publicados en el 2005, se dividen en diez capítulos. Para cumplir con la misión establecida, el *European Group on Tort Law* (EGTL) no ha considerado las reglas que en su mayoría son compartidas por los países europeos, ni ha seleccionado las directivas existentes que son consideradas más adecuadas al contexto europeo. Contrariamente, el grupo ha tratado de identificar la solución que parece ser la “mejor” respecto a los problemas planteados por la institución, sin atribuir importancia a las soluciones que pueden tener en las jurisdicciones europeas. Un ejemplo de ello es el que los PETL se desvíen del principio general de la culpa y establezcan que el abandono de la culpa sea solo posible para las actividades “anormalmente peligrosas”, supuesto que ha sido considerado siguiendo el modelo del *Restatement (Second) of Torts* (parágrafo 520) y del *Restatement (Third) on Torts: Liability for Physical Harm* (parágrafo 20).<sup>39</sup>

Sin embargo, respecto a la responsabilidad indirecta han seguido un camino ya marcado por la jurisprudencia europea. Así también lo han hecho respecto a las cualidades del “perjuicio” (modelo alemán).

En la óptica de los PETL, la responsabilidad civil sirve solo para restablecer la situación preexistente al hecho dañoso y para prever algún futuro daño eventual. Cualquier otro objetivo se encuentra fuera del campo operativo atribuido al

38 El DCFR comprende, bajo el subtítulo de *Responsabilidad sin dolo o culpa*, los supuestos de los daños causados por empleados y representantes, el daño causado por la situación de inseguridad en el inmueble, el daño causado por animales, el daño causado por productos defectuosos, el daño causado por vehículos de motor y los daños causados por sustancias y emisiones peligrosas.

39 Marta Infantino, “Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive”. (*Rivista critica di diritto privato* 4, 2010), 273-312.

instituto. La reparación se ha previsto, como regla general, que sea pecuniaria mientras que la reparación *in natura* procede cuando no sea muy onerosa para el demandado. Pero, al calcular la suma debida, el juez puede considerar incluso los “beneficios que la víctima haya podido tener del ilícito”, como se puede apreciar, en este último caso se trata de una fórmula indemnizatoria de raíz anglosajona que se encuentra actualmente plasmada en el tratado de libre comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos en el esquema indemnizatorio sugerido a los jueces para los casos de infracciones a las normas de propiedad intelectual.<sup>40</sup>

*Los Principios del Derecho Europeo de Daños (PETL) y su contraste con el Marco Común de Referencia (DCFR)*

La otra iniciativa para redactar un texto legislativo para el futuro derecho europeo de la responsabilidad civil (RC) es la dirigida por el *Study Group on a European Civil Code* (SGECC). El grupo de estudio fue fundado por Christian von Bar para elaborar unos principios y reglas que puedan servir de base para un futuro Código Civil europeo. Es en este orden de ideas que el grupo se ha encargado de redactar los *Principles of European Law* (PEL) y es siempre bajo este enfoque que se ha hecho cargo de elaborar, junto al Research Group on EC Private Law y con el apoyo de otros grupos de investigación, por cuenta de la Comisión Europea, el *Draft Common Frame of Reference*, es decir, un conjunto de reglas y principios que, en las intenciones de la Comisión, deberían constituir un instrumento para mejorar el *acquis communautaire* o una posible base de partida para la redacción, a cargo de los órganos comunitarios, de un texto opcional sobre el derecho europeo de los contratos.

La estrategia del *Study Group* es similar al del *European Group on Tort Law*, en el sentido de no inspirarse únicamente en las reflexiones provenientes de los derechos de los Estados de la Unión o de su mayoría, sino que se ha concentrado en la búsqueda de la “mejor” solución para Europa, juzgando irrelevante la falta de correspondencia de dicha solución con las prácticas mayormente compartidas, o incluso solo realizadas en las diversas jurisdicciones europeas.<sup>41</sup>

40 Olenka Woolcott y Germán Flórez, *Protección del derecho de autor* (Bogotá: Astrea-Universidad Católica de Colombia, 2015).

41 Infantino, “Verso un diritto europeo”, 278.

En cuanto a la regla fundamental de la responsabilidad civil, los PEL, de manera análoga a los PETL, se sustentan en la culpa (art. 1:101[1]). También se prevén formas de responsabilidad vicaria respecto al empleador por los hechos ilícitos de sus dependientes y a cargo de aquel que se encuentra llamado a supervisar las acciones de personas imputables o solo parcialmente imputables. A diferencia de los PETL y de muchas tradiciones jurídicas nacionales que siguen direcciones divergentes, la responsabilidad objetiva en los PEL —denominada aquí responsabilidad *without personal misconduct*—, se aplica en el caso de daños causados por el estado inseguro de un inmueble, por animales, por productos defectuosos, por automóviles y por sustancias y emisiones peligrosas.

En los PEL (como en los PETL) la única función reconocida a los mecanismos de la RC es la de colocar al demandante en las mismas condiciones en las que este se encontraba antes del hecho ilícito, no habiendo espacio alguno para otras posibles funciones de la RC.

### *La noción objetiva de culpa*

Los PETL incorporan una noción objetiva de la culpa, con lo cual se resuelve el problema de tratar en los Principios la noción de “antijuridicidad” (arts. 4:101 y 4:102 PETL), pero no prescinde de elementos subjetivos propios de toda noción de culpa, al permitir como excepción que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas (por ejemplo, la edad, la discapacidad física o psíquica) que justifiquen en un determinado grupo de sujetos esa desviación del “estándar de conducta exigible”.<sup>42</sup>

Puesto que no se da una definición de qué debe entenderse por “estándar de conducta exigible”, el art. 4:102 (1) PETL indica los elementos que deben tenerse en cuenta para determinarlo de acuerdo a las circunstancias: Naturaleza y valor del interés protegido de que se trate; la peligrosidad de la actividad; la previsibilidad del daño; la disponibilidad y el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos, que comporta una aplicación de los principios de buena fe y proporcionalidad, al entender que cuando un resultado puede alcanzarse de distintos modos,

42 Miquel Martín-Casals, “Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, (*Revista Indret*, 2, 2005), 12.

el agente debe ser consciente de los peligros que su conducta puede comportar para terceros y escoger, en lo posible, la vía menos peligrosa para obtenerlo.<sup>43</sup>

El art. 4:102 (2) PETL señala que dicho estándar puede atemperarse en función de la pertenencia del causante a un determinado grupo de individuos o debido a circunstancias extraordinarias. Parece darse una fusión de la culpa con la antijuridicidad, lo cual mantendría un predominio del concepto subjetivo de culpa.

Existen además unos preceptos dedicados a la inversión de la carga de la prueba, a los cuales se les dedica un examen puntual en el apartado “Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil” del presente capítulo, por trazar el tránsito hacia una responsabilidad objetiva.

### **Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales: La culpa y la responsabilidad objetiva**

Los proyectos europeos de armonización en materia de responsabilidad civil constituyen la expresión de una aspiración de los sistemas jurídicos europeos en la búsqueda de la mejor solución para los casos de responsabilidad, ante la diversidad de posiciones que presentan dichos sistemas frente a un mismo problema indemnizatorio.

Si bien dichas contribuciones académicas no tienen fuerza de ley, no puede negarse el valor que tienen en tanto constituyen referentes de la orientación que va adoptando la responsabilidad en Europa, y su estudio es relevante para Latinoamérica si se parte de la consideración de que el derecho civil de los países latinoamericanos tiene sus raíces y consolidada influencia de los sistemas europeos.

#### *Caracterización de los supuestos de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva por riesgo en los PETL*

##### Caracterización del supuesto de responsabilidad por culpa en los PETL

Para empezar, cabe señalar que los PETL han previsto el supuesto de responsabilidad por culpa en el capítulo 4, art. 4:101, en los términos siguientes:

.....  
<sup>43</sup> Ibid., 12.

• Los criterios de imputación de la responsabilidad civil •

“Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible”.

Enseguida, los PETL confirman una tendencia que se observa en la evolución de los sistemas jurídicos, en el sentido de contemplar una noción objetiva de culpa. Esta posición contrasta con una visión tradicional de la responsabilidad civil a la luz de la cual se entendió la culpa bajo un sentido subjetivo, es decir, como un reproche subjetivo de la conducta.<sup>44</sup>

El art. 4:102 PETL se refiere al estándar de la conducta exigible y señala:

1) [...] es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y del valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos. 2) El estándar anteriormente indicado puede adaptarse cuando debido a la edad, a la discapacidad física o psíquica o a circunstancias extraordinarias no sea exigible que la persona de que se trate lo cumpla. 3) Al establecer el estándar de conducta requerido deben tenerse en cuenta las normas que prescriben o prohíben una determinada conducta.

Se aprecia del texto PETL que, en efecto, se ha contemplado una noción objetiva de culpa que remite a un modelo de conducta, el del “hombre razonable” o *reasonable man* del *common law*, pero que no remite a un examen *in abstracto* de la conducta, sino que se encuentra condicionado por las circunstancias concretas y externas al sujeto a que se imputa responsabilidad. Sobre todo, es cuanto se desprende de la primera regla directriz que aparece en el primer apartado de la norma en referencia (4.102[2]).

En este sentido, se puede entender que la orientación adoptada en el documento europeo se inclina por tener en cuenta para la valoración de la conducta un examen concreto-abstracto o concepción “tornasolada” de la culpa<sup>45</sup>, denominaciones que acuña la doctrina argentina.<sup>46</sup> Como se puede observar, la citada norma

44 Adriano De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975).

45 Jorge Mosset Iturraspe, “Responsabilidad por daños T.I.”, (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1980).

46 Cf. Atilio Alterini, *Responsabilidad civil*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987); Alberto Bueres, *Derecho de daños* (Buenos Aires: Hammurabi, 2001), 346.

Menciona una serie de circunstancias que ha de tener en cuenta el juzgador para determinar la existencia de culpa o no en el sujeto imputado de responsabilidad.

El texto PETL enuncia una serie de elementos de juicio para ser tenidos en cuenta por el juzgador para determinar la existencia de una culpa. No se aprecia un carácter taxativo de la norma, por lo cual, el juez podrá considerar otras circunstancias que se encuentren alineadas a la objetividad de dichos elementos. Así, la norma deja atrás una noción de culpa cuyo contenido quedaba normalmente, como se desprende de los códigos civiles vigentes, librado a la determinación del juzgador y, con ello, a unas posibles tendencias subjetivas, unas veces, y otras, más objetivas, dependiendo de la perspectiva subjetiva del juez.

En cambio, el texto europeo ha optado por señalar expresamente algunas directrices claras sobre qué circunstancias deben ser consideradas en la valoración de la conducta del imputado. De ello se colige que cuanto más peligrosa sea la actividad involucrada, más importante el interés protegido, más experta la persona que realiza la conducta y más accesibles sean las medidas de seguridad a ser adoptadas para prevenir el daño, más fácil será determinar la culpa en el caso concreto.

Resulta interesante destacar que en la noción objetiva de culpa se toman en cuenta las circunstancias concretas pero externas al agente del daño, aunque no lo hace con el propósito de reducir la responsabilidad, sino para acentuarla. Esta posición recuerda aquella que postularon a su turno los hermanos Mazeaud y Tunc en su *Tratado* en la primera mitad del siglo XX en contraste con la posición subjetivista de la culpa de Josserrand, que veía en la culpa la expresión del “pecado jurídico”.<sup>47</sup>

Los PETL acogen de esta manera un esquema de determinación de la culpa que subsume la antijuridicidad, lo que es propio del derecho francés. Una noción similar de la culpa es definida por Le Tourneau en los siguientes términos: “La culpa es un comportamiento ilícito que contraviene a una obligación, a un deber impuesto por la ley o por la costumbre”<sup>48</sup>. Como se puede desprender de la definición, existe un elemento material que consiste en el comportamiento propiamente

47 Henry Mazeaud, Leon Mazeaud, y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, vol. I-1 (Buenos Aires: Ediar, 1962), 75.

48 Philippe Le Tourneau, “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)” (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987) 503-530.

dicho y un elemento jurídico que consiste en la ilicitud, es decir, en contravenir con el comportamiento el ordenamiento jurídico, lo cual remite precisamente a una noción de antijuridicidad, la cual, para el derecho francés, no está separada de la propia noción de la culpa, sino más bien, la contiene.

El segundo apartado de la norma, (4.102[2]), se refiere a unas circunstancias personales del autor del hecho, las cuales son contempladas a los fines de desaplicar el parámetro de la noción objetiva de la culpa. Se podría afirmar que, para los casos contemplados por la norma en referencia, se retorna a una especie de culpa subjetiva. La consecuencia de considerar dichas circunstancias personales para la valoración de la conducta del agente del daño será la exoneración de responsabilidad. Como se observa, se trata de una excepción a la aplicación de la regla general, la noción objetiva de la culpa, para la valoración de la conducta y eventual exclusión de responsabilidad por ausencia del criterio de imputación de responsabilidad.<sup>49</sup>

La excepción a la regla se vincula además con otro elemento de la responsabilidad: la imputabilidad; es decir, aquella capacidad o aptitud psíquica de entender y valorar las consecuencias del propio acto, considerada necesaria para entender que el hecho dañoso es consecuencia de una acción libre del autor.<sup>50</sup> En efecto, la condición de ser menor de edad u otras circunstancias que impidan la capacidad de entender y querer las consecuencias del acto causante del daño, como la edad avanzada o las deficiencias psíquicas, son elementos que sirven para determinar si existe o no imputabilidad en el sujeto y constituyen un presupuesto para poder incurrir en culpa. De allí que la mención en el citado apartado segundo de la propuesta europea, referido a las circunstancias personales del agente del daño, coincidan con la imputabilidad del sujeto que puede ser determinada por el juzgador en el caso concreto, de acuerdo a una valoración pericial.

La solución que adoptan los PETL permite unir dos nociones que estaban separadas y que, bajo una noción objetiva de la culpa, esta podía quedar configurada, pero no podía ser imputada al sujeto que era inimputable. Es decir, la noción de culpa y la noción de imputabilidad respondían a elementos de juicio diferentes. Lo que hace la norma de excepción de los PETL es incluir la imputabilidad en la culpa, de lo cual se deriva que ante la presencia de las mencionadas

49 Pierre Widmer, "Unification of Tort Law: Fault". (Londres, Nueva York: Kluwer: La Haya, 2005).

50 Cf. Giovanna Visintini, "Imputabilità e danno cagionato dall'incapace", (*La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* I, 1986): 110-25; Luigi Corsaro, *L'imputazione del fatto illecito* (Milán: Giuffrè, 1969).

circunstancias personales que atañen a la capacidad de entender el acto que se realiza, no pueda configurarse la culpa.

### *Caracterización del supuesto de responsabilidad por riesgo en los PETL*

Como se podrá apreciar del examen que se realiza en el apartado “Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil”, referido a la inversión de la carga de la prueba de la culpa, los PETL han propuesto un texto abierto y flexible en cuanto que permiten colegir que la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva no son dos compartimientos absolutos y excluyentes entre sí, sino más bien progresivos o graduales. Se trata de un reconocimiento a la evolución que ha tenido la responsabilidad civil, no solo en Europa, sino en el resto del mundo, tanto desde la perspectiva del *civil law* como de la perspectiva del *common law*. El carácter voluble de la responsabilidad civil ha sido profusamente ilustrado por la evolución del supuesto de la responsabilidad civil del productor por daños derivados de productos defectuosos, el que se convierte en el caso más emblemático de la variabilidad de las soluciones adoptadas por los sistemas jurídicos a lo largo del siglo XX.<sup>51</sup>

En efecto, lo que se puede observar en el panorama de la aplicación del régimen de responsabilidad por culpa en diversos sistemas jurídicos, es que unas veces se encuentran soluciones jurisprudenciales que apuntan a ser más subjetivas que otras orientadas hacia la responsabilidad objetiva. De allí que se pueda afirmar una diferencia de grado entre las soluciones más subjetivas y otras más objetivas, lo que se conoce en la doctrina estadounidense como la *absolute liability* (responsabilidad absoluta), la misma que fue sonada sobre todo en los inicios de la aplicación del *Second Restatement of Torts* de 1965 en los Estados Unidos, a propósito de los casos de la responsabilidad del productor.<sup>52</sup>

El art. 5:101 PETL se refiere de manera específica a la responsabilidad por las actividades anormalmente peligrosas en los términos siguientes:

51 Cf. David Owen, *Products Liability Law*, 3.<sup>ª</sup> (Minnesota: West Academic, 2015); James Henderson y Theodore Eisenberg, “The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change”, (*University of California LA Law Review* 37, 1990).

52 Cf. James Henderson y Aaron Twerski, “Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability Without Defect”, (*New York University Law Review* 66, 1991).



### Actividades anormalmente peligrosas

1. La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
2. Una actividad es anormalmente peligrosa si:
  - a. crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo cuidado debido en su ejercicio y
  - b. no es una actividad que sea objeto de uso común.
3. El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.
4. Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convencional internacional.

En efecto, aquel que desarrolla una actividad anormalmente peligrosa, de acuerdo a las características señaladas en la norma precedente, incurre en responsabilidad objetiva.<sup>53</sup>

Por su parte, el art. 5:102 se refiere a otros supuestos de responsabilidad objetiva en los términos siguientes:

Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas.

A menos que la ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño.

Como se puede observar, los PETL contemplan un régimen de responsabilidad objetiva cuyo criterio de imputación de responsabilidad es la realización de una actividad anormalmente peligrosa; sin embargo, reconocen la existencia de otros supuestos de responsabilidad objetiva cuando se encuentren previstos en leyes nacionales, aún cuando no tengan como criterio de imputación el de las actividades anormalmente peligrosas. Además, reconocen la posibilidad de que

53 Cf. Pierre Widmer, "La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les projets européens" (www.grerca.univ-rennes1.fr, 2009), 131.

por analogía se puedan determinar supuestos de responsabilidad objetiva por el riesgo parecido de daño, salvo que lo prohíba la ley nacional.

De esta manera, los PETL rompen el esquema tradicional de la división entre las teorías de la culpa y del riesgo en el sentido de pretender una demarcación nítida entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. La práctica jurisprudencial, nunca el régimen normativo, demostró que dicha demarcación no era factible en una serie de supuestos que se concretaban en la realidad, tal como ha ocurrido en el contexto del derecho latinoamericano, conforme se verá en el capítulo siguiente.

Esta vez, son los PETL los que proponen un texto normativo diferente a los esquemas tradicionales de la responsabilidad civil y destacan por la flexibilidad en la determinación de los casos que pueden caer bajo su órbita, donde el juez tiene un campo sumamente amplio para determinar su aplicación, a través incluso, del recurso a la analogía y además, reconociendo la posibilidad de que las leyes nacionales determinen otros supuestos de responsabilidad objetiva distintos al criterio de imputación de la “anormal peligrosidad” que contiene la norma en referencia.

### *La influencia de los Restatements of Torts del derecho estadounidense*

No resulta extraña la redacción de los PETL en cuanto a la configuración del supuesto de responsabilidad objetiva, si se tiene en cuenta que un texto similar conteniendo como criterio de imputación a la “actividad anormalmente peligrosa” ya se encontraba en el art. 519 del *Restatement of Torts (Second)*, que a la letra prescribe:

1. One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm.
2. This strict liability is limited to the kind of harm, the possibility of which makes the activity abnormally dangerous.

Desde el texto del *Restatement Second* se podía desprender que la noción de “actividad anormalmente peligrosa” estaba destinada a la aplicación de la responsabilidad objetiva. Posteriormente, la fórmula es recibida por el *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm* § 20. A la luz de estos antecedentes del derecho estadounidense, se puede observar que los PETL han acogido la mencionada noción para convertirla en la base de la regla general de la responsabilidad

objetiva y representar, en consecuencia, un referente para las especificidades de su aplicación. En efecto, existe una clara influencia sobre los PETL, por parte de los documentos estadounidenses, emanados del *American Law Institute*<sup>54</sup> en materia de *torts*, lo que se advierte no solo de la redacción del texto, sino de la propia fundamentación y de las explicaciones que ofrecen los juristas que han intervenido en la elaboración de la propuesta europea.

En esta perspectiva se encuentra, por ejemplo, Bernard Koch, quien explica el mencionado 5:101 PETL teniendo como referencia los comentarios contenidos en el *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm*, parágrafo 20<sup>55</sup>, el cual, precisamente, se refiere a este mismo supuesto de responsabilidad objetiva. El autor señala que en el citado parágrafo se puede encontrar una especie de fundamento para la existencia de la responsabilidad objetiva, consistente en que “cuanto más común es la actividad, más probable es que los beneficios de la misma se distribuyan ampliamente en la comunidad” y concluye precisando que “el atractivo de la responsabilidad objetiva es más poderoso cuando los riesgos se imponen a los terceros y los beneficios, por el contrario, se concentran en pocas manos”.<sup>56</sup>

Cabe destacar que la salvedad que contienen los PETL en el art. 5:102(1), en cuanto a las actividades riesgosas que no llegan a ser consideradas como “anormalmente peligrosas”, permite a los estados de la Unión Europea mantener o crear leyes especiales que consagren la responsabilidad objetiva para un sector determinado de las actividades, tal como es el caso de los accidentes de tránsito, para el cual existe la tendencia a establecer un régimen especial de responsabilidad por riesgo. Además, el texto europeo deja abierta la posibilidad a los jueces de

54 El American Law Institute (ALI) es una organización académica fundada en 1923 en los Estados Unidos para dar respuesta a las preocupaciones sobre la complejidad e incertidumbre propias del *American Common Law*. Está formado por ilustres abogados, jueces y académicos, y tiene por misión promover la claridad y simplificar el derecho para su mejor aplicación de acuerdo a las necesidades de la sociedad, con el fin asegurar una mejor administración de la justicia, promover y desarrollar el trabajo académico y científico en el campo del derecho. American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (Philadelphia: ALI, 2009).

55 El *Restatement (Third) of Torts* §20: *Abnormally Dangerous Activities* prescribe lo siguiente: (a) *An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.* (b) *An activity is abnormally dangerous if: (1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and (2) the activity is not one of common usage.*

56 Bernhard Koch, “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la ‘Responsabilidad objetiva’”, (*Working paper n.º* 129, 2003. Consultado octubre 17, 2017), 151. [www.indret.com](http://www.indret.com).

recurrir a la analogía para extender la aplicación del régimen de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas a otras similares a criterio del juzgador.

*Una opción entre el civil law y el common law o entre una cláusula general y varios supuestos de responsabilidad objetiva*

Se trata de una opción del grupo europeo que elaboró los PETL, considerando que los ordenamientos europeos tienen en su mayoría una regulación de responsabilidad objetiva para específicas actividades riesgosas.<sup>57</sup>

El grupo europeo ha consagrado una cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas y, sucesivamente, ha previsto una serie de supuestos específicos de responsabilidad objetiva, distintos a los que puede abarcar la cláusula general. Se trata de una solución que ya se encontraba en el anteproyecto suizo de revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil<sup>58</sup>, el cual constituye el antecedente europeo más cercano a la propuesta, la cual, a su vez, recibe la influencia del *Restatement Third of Torts*.<sup>59</sup>

Requisitos para la aplicación de la cláusula general de responsabilidad objetiva por actividades “anormalmente peligrosas”

De acuerdo con la norma PETL 5:101, se puede definir la actividad anormalmente peligrosa como aquella que crea un riesgo previsible y muy considerable de daño y que el riesgo no pueda ser eliminado con una conducta diligente, sea del causante del daño como de cualquier sujeto que participa en la actividad, incluso las víctimas potenciales. El riesgo puede ser muy considerable de acuerdo a una elevada probabilidad de que se produzca un daño no grave o por la circunstancia de que se trate de un daño extremadamente grave, aunque con escasa probabilidad de producirse.<sup>60</sup>

57 Ibid.

58 Pierre Widmer y Pierre Wessner, “Revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil, anteproyecto de la Ley Federal suiza”, (*Revista de responsabilidad civil y seguros* 2, 2001).

59 American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* (Philadelphia: ALI, 2009).

60 Miquel Martín Casals, “Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil”. (Presentación en el 2.º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil

Por último, la norma del art. 5:101 PETL precisa que el supuesto de responsabilidad por un riesgo anormal no debe ser objeto de uso común. Es decir, que una actividad como la conducción de vehículos, la cual es de uso generalizado en la comunidad, no ingresa en el campo de aplicación del presente criterio de imputación, como es la actividad anormalmente peligrosa. Existen otras actividades peligrosas que, aunque sean practicadas por un sector de la población, dan lugar a que un gran número de ella se involucre con la actividad a pesar de que no lleguen a practicarlas, tal como es el caso del suministro de gas o electricidad.<sup>61</sup>

### **Los caminos hacia la objetivación de la responsabilidad civil: Un proceso que delata la movilidad de los supuestos de responsabilidad entre la culpa y la responsabilidad objetiva**

El impacto que tuvieron las nuevas teorías de la responsabilidad civil en el sentido de reducir el campo de aplicación de la culpa, como consecuencia de las nuevas circunstancias económicas y sociales que surgían a partir de los desarrollos tecnológicos y científicos, se hizo notar progresivamente en las decisiones de la jurisprudencia, aún cuando estas se emitían bajo el manto de los códigos civiles tradicionales, cuyos legisladores no habían pensado en una imputación de responsabilidad objetiva.

La manera como se han manifestado desde un inicio las corrientes objetivas de la responsabilidad ha sido fundamentalmente en dos sentidos:

Por un lado, la objetivación de la propia noción de culpa, al extremo de elevar el parámetro de comparación a uno difícil de alcanzar por el causante del daño a los fines de evitar el daño. En esta línea, se encuentra lo que la doctrina francesa ha denominado “culpa objetiva” (*faute objective*) y que ha permitido al derecho francés establecer la responsabilidad del menor o incapaz por culpa, de acuerdo a cuanto dispone la Ley francesa n.º 68-5 del 3 de enero de 1968.<sup>62</sup>

.....  
y Seguro. Granada, 14, 15 y 16 de noviembre de 2002. Consultado agosto 17, 2017. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>).

61 Ibid.

62 Dicho precepto dice lo siguiente: “*Celui qui cause un dommage à autrui alors qu’il était sous l’empire d’un trouble mental n’en est pas moins obligé à réparation*”. La traducción del texto sería la siguiente: “*el que cause un daño a otro, aunque sea bajo la influencia de un trastorno mental, no está por ello menos obligado a repararlo*”.

Sin embargo, cabe advertir que no debe confundirse esta categoría conceptual de la culpa que aparece en el derecho francés y que más bien despierta amplia discusión en la propia doctrina francesa<sup>63</sup>, con la culpa entendida como criterio de imputación subjetivo, el cual, como todos los demás criterios de imputación de la responsabilidad, ha sufrido un proceso de adaptación a los nuevos tiempos y, consecuentemente, ha experimentado un proceso de objetivación a través de la valoración de la conducta objeto de imputación, sin que este proceso de evolución de carácter jurisprudencial haya abolido la responsabilidad subjetiva. En otros términos, la noción objetiva de culpa no se ubica en el terreno de la responsabilidad objetiva, pues como se ha podido apreciar en precedencia, se trata de una evolución de la concepción de la culpa en su valoración para los fines de la imputación de la responsabilidad subjetiva y en este sentido, se sustenta en la valoración de la conducta del sujeto causante del daño y como tal, se mantiene en el campo de la responsabilidad por hecho propio.

Por otro lado, las presunciones de culpa operadas por la jurisprudencia han representado un camino para los jueces a fin de poder flexibilizar la carga de la prueba de la víctima de daños, quienes atados al principio de la responsabilidad por culpa y la carga de su prueba, pudieron encontrar en el recurso a las presunciones una vía para poder imponer la responsabilidad y así beneficiar a las víctimas. A continuación, se puede apreciar que esta vía de objetivación de la responsabilidad, tiene acogida en la propuesta europea de armonización.

---

El Código Napoleónico no se pronunció sobre el particular, lo cual entraba en contraste con la minuciosa regulación de los negocios jurídicos celebrados por personas incapaces. Sin embargo, en 1938 existió un proyecto de ley denominado Proyecto Strauss de 30 de junio de 1938, por el cual se reformaba la legislación psiquiátrica, y en el que se regulaba la responsabilidad civil de los enfermos mentales. Dicho proyecto, que no se aprobó, disponía en el artículo 54: "*Les aliénés encourent la responsabilité civile édictée par les articles 1382 et suivants du code civil pour les actes commis par eux en dehors de l'établissement d'internement*". Todas estas referencias son reportadas por el jurista italiano Angelo Venchiarutti, "La Responsabilità Civile Degli Infermi Di Mente in Francia", (*Rivista Critica Di Diritto Privato*, 1986, 494, notas 5 y 7).

63 El criterio que incorpora la ley francesa de 1968 no fue acogido pacíficamente por la doctrina de ese país. Así, resultó contrastar con la posición dominante en Francia que se oponía a la responsabilidad de las personas incapaces. En esta línea de oposición se encuentra al jurista, Robert Joseph Pothier, *Traité Des Obligations I*, (París: Bernardi, 1805). En sentido contrario, los autores de la reforma consideraron que la regla de la responsabilidad civil del enfermo mental tendría una función preventiva-terapéutica ya que este sujeto sería sensible a la posibilidad de pérdidas económicas importantes. MK. Gomaa, "La Réparation Du Préjudice Causé Par Les Malades Mentaux", (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971), 49.

*La inversión de la carga de la prueba de la culpa en general en los PETL: Una revisión comparada con el DCFR*

Del propio marco de la propuesta de los PETL se desprende en principio que cada parte debe probar lo que alega y, en este sentido, ante la existencia de un supuesto de responsabilidad por culpa, quien invoca la existencia de una conducta culposa, debe probarla. Sin embargo, se encuentra en el art. 4:201 una previsión que autoriza al juzgador a invertir la carga de la prueba de la culpa cuando se está ante una actividad que comporta un peligro grave<sup>64</sup>, cuya gravedad se determinará de acuerdo a la gravedad del daño o a la probabilidad de su ocurrencia.<sup>65</sup> Así se prevé el siguiente texto: “Inversión de la carga de la prueba de la culpa en general: 1) Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta. 2) La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse, así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente”.<sup>66</sup>

La referida presunción de culpa es de alcance general<sup>67</sup> para los casos en los que el daño se deriva de una actividad que tiene una potencialidad dañosa de determinado grado de gravedad, que es la contenida en el texto de los PETL; en cambio, no se contempla en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), el otro importante documento europeo de armonización en materia de derecho de daños, con lo cual se puede notar una diferencia en la concepción del tema al interior de los grupos de estudio que generan dichos documentos.

El carácter general que impregna la fórmula de la mentada presunción de culpa determina que difiera de las presunciones especiales que contemplan los PETL, con relación a la responsabilidad de la empresa y respecto a la responsabilidad por hecho ajeno<sup>68</sup>, supuestos que, aunque no son objeto del presente

64 El texto del art. 4:201(1) reza así: “Puede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta”.

65 El texto del art. 4:201(2) reza así: “La gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse, así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente”.

66 La traducción del texto citado corresponde al jurista catalán Martín Casals en Miquel Martín-Casals, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. (Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008).

67 Rodrigo Barría, “La presunción de culpa por el hecho propio en el derecho europeo”, (*Revista Ius et Praxi* 2, 20, 2014), 291.

68 La presunción especial para la responsabilidad de empresa está contenida en el artículo 4:202 y la correspondiente a la responsabilidad por el hecho de terceras personas se contemplan en los artículos 6:101 y 6:102 de los PETL.

estudio, que está más bien enfocado en la responsabilidad por hecho personal o hecho propio, vale la pena mencionar por cuanto contienen también una específica presunción de culpa.

En efecto, a la propuesta europea no le bastó establecer y afirmar las características o condiciones de una noción objetiva de culpa para los fines de la imputación de la responsabilidad, sino que además incorporó una norma general de inversión de la carga de la prueba de la culpa que favorece a la víctima del daño en su tarea probatoria. Se trata de una orientación que no es ajena al derecho comparado, si se tienen en cuenta las tendencias jurisprudenciales y legislativas en algunos casos, como se evidencia, por ejemplo, en el desarrollo que ha tenido la experiencia peruana en la aplicación del supuesto de responsabilidad subjetiva, tal como se aborda en el siguiente capítulo.

En cambio, la propuesta del DCFR optó por contemplar una presunción de culpa para hipótesis especiales de responsabilidad<sup>69</sup> en lugar de tenerla como una regla general para los casos referidos a una actividad con potencialidad de peligro de daño que es la que se prevé en los PETL. En ese sentido, mantuvo la línea de una regla general de responsabilidad por culpa del derecho europeo continental y estableció como norma básica la imputación por culpa en el libro VI, art. 1:101(1), bajo los términos siguientes: “Una persona que sufre un daño antijurídico relevante tiene derecho a la reparación de la persona que causó el daño intencionalmente o negligentemente [...]”<sup>70</sup> para lo cual, se deben tener en cuenta las definiciones del dolo y la culpa que se contemplan en los artículos 3:101 y 3:102 respectivamente. De esa manera, el DCFR dispuso la responsabilidad objetiva a través de unos supuestos especiales previstos para el caso de los daños causados por los empleados y representantes (art. 3:201), el estado inseguro de un inmueble (art. 3:202), por los animales (art. 3:203), por productos defectuosos (art. 3:204), por vehículos motorizados (art. 3:205), por sustancias peligrosas o emisiones (art. 3:206) entre otros.

El DCFR no optó por una regla general de inversión de la carga de la prueba de la culpa, sin embargo, se advierte en la parte final de la regulación del supuesto

69 Fernando Pantaleón, “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A Critical View from Outside”, (*Indret* 299, 2005, [www.indret.com/es/index.php](http://www.indret.com/es/index.php). Consultado agosto 13, 2017), 6.

70 Christian von Bar, Eric Clive y Shulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. (München: Sellier, 2009).



de responsabilidad por daños derivados de sustancias peligrosas o emisiones que se permite al demandado liberarse de responsabilidad probando que cumplió con todas las reglas de control de la sustancia o de manejo de las instalaciones, lo que conduce a inferir la existencia de una presunción de culpa, prevista junto a los supuestos de responsabilidad objetiva. Cabe anotar que los coordinadores de la propuesta le atribuyen a dicho supuesto de responsabilidad una naturaleza objetiva, no obstante la presunción de culpa que contiene<sup>71</sup>, posición que confirma la tesis que se viene sosteniendo en el sentido de la existencia de unos matices o de una graduación que puede presentar la responsabilidad objetiva, lo que se acentúa con la valoración que normalmente lleva a cabo en estos casos la jurisprudencia al no permitir en buena parte de los casos de actividades o uso de bienes riesgosos o peligrosos la exoneración de la responsabilidad del causante del daño a pesar de la prueba de la diligencia o de los cuidados debidos. Parece un contrasentido lo señalado en la parte final de la afirmación; sin embargo, se puede notar que la posición de los coordinadores del DCFR confirma esta que se puede, en este punto del trabajo, denominar “la movilidad de las arenas del terreno de la responsabilidad objetiva”, ya que en unos casos se presenta con características más cercanas a una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba y en otros, con caracteres de una responsabilidad más estricta o absoluta.

En todo caso, la mencionada regla del art. 3:206 DCFR, no permite inferir que la propuesta europea contenga una presunción de culpa de alcance amplio y general como en cambio sí es contemplada en los PETL. Como se puede apreciar, se trata de dos enfoques que contrastan en cuanto al recurso a las presunciones de culpa o inversión de la carga de la prueba, en un caso, en los PETL, como regla general y en el otro como supuesto especial de responsabilidad para los casos de sustancias peligrosas y emisiones. Sin embargo, hay que destacar que tanto en los PETL como en el DCFR, aunque de manera diversa, se llega al mismo convencimiento de que existe un terreno intermedio entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva que se construye con las presunciones de culpa o con una valoración muy rigurosa de la prueba liberatoria de la ausencia de culpa para los fines de admitir o no la liberación de responsabilidad cuando se mantiene en pie la culpa en la discusión de la imputación de la responsabilidad, tal como

71 Ibid., 3400.

sucede en este último caso correspondiente al DCFR, donde incluso los propios coordinadores del documento europeo llegan a ubicar sistemáticamente el art. 3:206 como un supuesto más de los especiales de responsabilidad objetiva.

*Condiciones de aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los PETL y la complejidad para su implementación*

Las presunciones de culpa no hacen sino confirmar un esquema flexible de imputación por culpa, con una clara orientación objetiva. Esta línea de tendencia se plasma en el texto de los PETL, pero con una precisión para su campo de aplicación. En este sentido, la presunción de culpa no aplica a todos los casos de responsabilidad por hecho personal, sino para aquellos que según el art. 4:201 se encuentren delimitados por la noción de la “gravedad del peligro” que represente el acto o actividad que genera el daño. En otros términos, la norma precisa que el fundamento o soporte de la inversión de la carga de la prueba de la culpa radica en la mentada “gravedad del peligro”, noción que se convierte en el criterio con el cual la norma torna más severa la responsabilidad por culpa, lo que a su vez daría lugar, si se quiere, a una responsabilidad subjetiva reforzada, pero que no alcanza a configurar un supuesto de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas bajo el esquema previsto en el art. 5:101 de dicho texto, tal como se examinó en el apartado “Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales”, de este capítulo.

De este modo, la referida inversión de la carga de la prueba de la culpa abre las puertas a un considerable margen de interpretación en la aplicación del supuesto que puede resultar ser muy amplio y que tiene como extremos, de un lado, la responsabilidad por culpa probada y del otro, la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas, la cual se consagra en los PETL como la responsabilidad objetiva propiamente dicha. Esta percepción que se tiene de la propuesta europea resulta confirmarse por el propio grupo de trabajo redactor de los PETL al manifestar que, con la presunción de culpa se apunta a tender un puente entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, vale decir, una situación intermedia entre ambos extremos clásicos.<sup>72</sup>

72 Cf. Widmer, “La responsabilité pour choses”, 133; Carval, “Notion et rôle de la faute”, 5.

Como se desprende de la citada norma, el criterio base para dar lugar a una inversión de la carga de la prueba de la culpa, es decir, de “la gravedad del peligro”, no alcanza a configurar las dimensiones del peligro anormal que, en cambio, se encuentra contemplado como criterio de imputación de la responsabilidad objetiva en el antes mencionado art. 5:101 y, por ende, no tiene la entidad suficiente para desencadenar una responsabilidad objetiva. De esta manera, la noción de “peligro” está presente tanto a los fines de una aplicación de la inversión de la carga de la prueba de la culpa como de la responsabilidad objetiva, con una diferencia de grado o intensidad, lo cual permite inferir que entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva existen claroscuros que delatan un proceso de objetivación gradual y continuo de la responsabilidad, de acuerdo al grado del peligro de la actividad.<sup>73</sup> En este sentido, se puede apreciar que los PETL plasman una situación que se venía gestando en el plano jurisprudencial europeo, al reconocer un espacio de la responsabilidad que no corresponde a la clásica o pura responsabilidad por culpa ni a la responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas (art. 5: 101). La pregunta que surge a este respecto es si se asiste a un tercer género de la responsabilidad civil, un campo que se encuentra a mitad de camino respecto a la responsabilidad objetiva tal como la contemplan los PETL, al que un sector de la doctrina italiana se ha referido como una *responsabilidad semiobjetiva*.<sup>74</sup>

Indudablemente, la determinación de este espacio de la responsabilidad civil abre una brecha considerable a la interpretación del juez para establecer la existencia de “la gravedad del peligro” a que se refiere la norma del art. 4:201, donde a su vez, se alude a “la gravedad del daño” y a la “probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente” como elementos de juicio para que se pueda configurar la noción de “gravedad del peligro”.

Citando a Widmer, Martín Casals considera que el concepto de peligro a que alude la citada norma, ha de consistir en uno de intensidad intermedia entre el peligro normal inherente a cualquier actividad humana y el peligro “anormal” al cual le es aplicable la responsabilidad objetiva conforme a los PETL.<sup>75</sup> De lo

73 Widmer, “La responsabilité pour choses”, 5.

74 Francesco Busnelli, “Itinerari europei nella ‘terra di nessuno tra contratto e fatto illecito’: la responsabilità da informazioni inesatte”, (*Contratto e impresa*, 2, 1991).

75 Martín-Casals, “Principios de derecho europeo”, 104.

señalado se puede colegir que el planteamiento de la propuesta europea conduce a generar unas interpretaciones más subjetivas y otras más objetivas en la determinación de la “gravedad del peligro” contenido en la norma, pero de lo que no cabe duda es que dicho peligro debe existir realmente y no ser presunto a los fines de su aplicación.

Se puede observar que en la propuesta europea existe un énfasis en la noción de “riesgo” en desmedro de la noción tradicional de la culpa, lo que se ve acentuado con la norma que contempla el supuesto de la responsabilidad objetiva por “actividad anormalmente peligrosa” del art. 5:101 de los PETL, tal como se examinó en el apartado “Los proyectos europeos de armonización y la plasmación de una responsabilidad civil basada en dos canales”. En efecto, subyace en la propuesta europea el reconocimiento de que en la sociedad existen riesgos de diverso grado, que todo acto humano comporta en sí mismo un riesgo, el cual, unas veces puede ser normal y otras veces anormal o extraordinario porque escapa a los límites de la normalidad. En este enfoque, que parte del reconocimiento de que los individuos están inmersos en una sociedad de riesgos<sup>76</sup>, la propuesta europea se traduce en una normativa que intenta aligerar el rigor del principio tradicional del “*pas de responsabilité sans faute*”, aplicable a los casos de responsabilidad por hecho propio, abriendo paso a un campo de aplicación de la inversión de la carga de la prueba de la culpa mucho más flexible y manejable por los jueces, con relación a aquellos riesgos de considerable gravedad, pero sin configurar la anormalidad de la responsabilidad objetiva en los términos del documento europeo.

Con todo, la propuesta europea no ha dejado de suscitar críticas que van referidas a las dificultades para materializar la distinción entre una “actividad peligrosa” y una “actividad anormalmente peligrosa”<sup>77</sup>, así como respecto a los elementos de juicio que aporta la propuesta normativa para establecer la existencia del “peligro” a los fines de una consiguiente aplicación de la inversión de la carga de la prueba (gravedad del daño y probabilidad de que se verifique). Como se manifestaba en el párrafo anterior, la discrecionalidad del juez en la determinación de la existencia de una u otra noción de riesgo puede conducir a que unas veces el caso concreto sea ubicado en uno u otro supuesto de responsabilidad, la inversión

76 Ulrich Beck, *La sociología del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. (Barcelona: Paidós Ibérica, 1998).

77 Carval, “*Notion et rôle de la faute*”, 6.

de la carga de la prueba de la culpa o la responsabilidad objetiva, determinación que dependerá de la valoración judicial en cada caso concreto.

Como refuerzo a las críticas, se ha argumentado, entre otras, que la inversión de la carga de la prueba de la culpa debe responder al grado de control o al más fácil acceso que el demandado tenga de los medios de prueba o de su capacidad para clarificar lo que realmente ocurrió y no estar en función a una ambigua diferencia de grado entre dos tipos de riesgos que propone el texto europeo, lo que podría generar incertidumbre jurídica en desmedro de las posibilidades probatorias de la víctima del daño. Por ende, surge la crítica general que se conoce en el campo de la responsabilidad civil respecto a unos mecanismos probatorios como la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de destacar que, si bien persisten en mantener la vigencia de la culpa como criterio de imputación, al mismo tiempo, pueden tener como consecuencia la objetivación de la responsabilidad por la vía de la interpretación jurisprudencial.<sup>78</sup>

78 Cfr. Fernando Pantaleón, "Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A Critical View from Outside.", *Indret* N° 299, 2005, [www.indret.com/es/index.php](http://www.indret.com/es/index.php).



# DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA A LAS ARENAS MOVEDIZAS DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA: EXAMEN DE DERECHO COMPARADO A PARTIR DE ALGUNAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS

Olenka Woolcott Oyague

## Introducción

Habiéndose dedicado el primer capítulo a una exploración y reflexión sobre lo que atañe a los criterios de imputación de la responsabilidad a partir de las tendencias que se observan en el derecho europeo de daños, con énfasis en la imputación por culpa y la responsabilidad por riesgo, se considera oportuno para el presente capítulo, adelantar un examen del contraste de la responsabilidad subjetiva y objetiva de la responsabilidad civil en el escenario de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

Para cumplir con el objetivo señalado en el párrafo que precede, se han seleccionado las experiencias jurídicas peruana, colombiana y chilena, entre las cuales se encuentran puntos de convergencia, principalmente en el origen del tratamiento de la responsabilidad por culpa, así como algunas líneas diferenciales en cuanto a la aplicación de la regla de la imputación subjetiva y en la determinación de la imputación de la responsabilidad por riesgo.

Se podrá apreciar que las experiencias latinoamericanas examinadas revelan una progresiva orientación hacia la flexibilidad de la regla de imputación por culpa: desde el recurso a la inversión de la carga de la prueba hasta la consagración de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo, comprobación a la cual se llega, fundamentalmente, por la vía jurisprudencial. Se advierte que las conclusiones formuladas al final del capítulo intentan comprender y enlazar el tratamiento del tema desarrollado en el capítulo primero del presente libro.

### **La experiencia peruana de la responsabilidad por culpa: La imputación subjetiva en la jurisprudencia anterior al Código Civil de 1984, el camino hacia la responsabilidad objetiva**

El Código Civil de 1852 fue el primero que adoptó en el Perú el principio de la responsabilidad por culpa para la imputación de la responsabilidad. Tratándose de un código decimonónico, se inspiró en el *Código de Napoléon* y en esta línea ubicó la materia bajo el título *Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos*, de lo cual se podía inferir el carácter de hecho ilícito que genera la responsabilidad, así como la presencia del criterio subjetivo de responsabilidad.

Con este esquema legislativo se reguló la responsabilidad directa o por hecho propio, en la cual, la víctima con pretensión indemnizatoria debía probar el daño, la relación causal y la culpa del agente que causó el daño. Los atisbos de una apertura de la responsabilidad civil hacia una inversión de la carga de la prueba de la culpa o una consideración del riesgo, se podían encontrar en el referido código, en relación a la responsabilidad indirecta (responsabilidad de los padres, guardadores, maestros y en general, personas que tengan a alguien bajo su cuidado). Con mayor rigor estaba prevista la responsabilidad por el hecho de los animales, en el sentido que no admitía la liberación del dueño del animal si este no se hubiera extraviado, aunque probara que no podía hacer nada para impedir el daño y, finalmente, respecto a la imputación de la responsabilidad por hecho de las cosas<sup>1</sup>,

1 El artículo 2128 del CC de 1852 establecía lo siguiente: "Se obligan también a reparar los daños que causen: 1) El que tiene alguna cosa puesta o suspendida en un lugar donde pasan o en que se paran hombres, y cuya caída puede causar daño; 2) el que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro; 3) el que va dentro del carro y ordena la carrera al conductor; 4) el que arrea bestias por las calles haciéndolas correr; y, 5) el que caza con armas de fuego o pone trampas en el camino". Como se puede desprender de la citada norma, el legislador de 1852 se refería a situaciones que comportan un nivel de riesgo o peligro, aunque la pauta inicial seguía siendo la culpa en el régimen general de la responsabilidad.



•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

el legislador peruano de 1852 tuvo una visión objetivista de la responsabilidad al imputarla a quien no era el autor del daño en una época en que la teoría del riesgo no había sido formulada. Sin embargo, estas previsiones normativas se enmarcaban en un texto determinado por la preeminencia del principio de la culpa.

Luego siguió el Código Civil de 1936 que conservó la tradición subjetivista de su antecesor para la responsabilidad por hecho propio, con algunas variantes de responsabilidad objetiva para los casos de la responsabilidad indirecta y por hecho de las cosas. Así, el art. 1136 de ese cuerpo legal dispuso, tal cual como lo hizo su antecesor<sup>2</sup> que, “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

Aunque la línea subjetivista de la responsabilidad se mantuvo en el Código Civil de 1936, un sector importante de la doctrina peruana<sup>3</sup> que surgió durante la vigencia del Código Civil de 1852 intentó infundir a la citada norma del art. 1136 una doble connotación, es decir, un sentido de responsabilidad por culpa y otro de responsabilidad objetiva a partir de una osada, para la época, interpretación del vocablo “hechos” previsto en el mencionado texto legal. Si bien la reforma del Código Civil de 1852 se vio influenciada por las nuevas teorías de la responsabilidad sin culpa que asomaban en la época, estas no tuvieron eco en la redacción del texto final del Código de 1936. De esta manera, la vigencia del nuevo código estuvo marcada con unas tendencias objetivistas en oposición a la clásica teoría de la imputación subjetiva.

Indiscutiblemente, la señalada caracterización de la época de la vigencia del Código Civil de 1936 tuvo eco no solo en la doctrina sino también en la jurisprudencia. En efecto, la aplicación jurisprudencial de la cláusula general de la responsabilidad por culpa se vio enfrentada a las nuevas ocasiones de daños y bajo esta consideración, los jueces recurrieron en numerosos casos a la técnica de las presunciones de culpa o inversión de la carga de la prueba, llegando incluso

2 El artículo 2191 del CC de 1852 prescribía lo siguiente: “Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un daño a otro, está obligado a subsanarlo”. Esta norma no hizo sino resumir en un solo texto las dos principales normas del Código Civil francés: artículo 1382 que dispone: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*” y artículo 1383: “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

3 Fernando De Trazegnies Granda, *La responsabilidad extracontractual*, (Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, T, Fondo Editorial PUCP, 1999), 101.

a prescindir de la prueba de la ausencia de culpa. Fernando De Trazegnies<sup>4</sup> ilustra, con claridad conceptual, la inclinación de los fallos jurisprudenciales en ese sentido, lo que permite inferir que, con particular referencia a las situaciones que se presentan cuando se utilizan ciertos elementos o se realizan ciertas actividades que entrañan peligro personal o colectivo, el razonamiento judicial se inclinaba por establecer la responsabilidad, cierto es a la luz de la única norma disponible en el Código Civil vigente, la cláusula de la responsabilidad por culpa, aunque de culpa solo quedara el nombre, toda vez que los jueces eran conscientes de que para los casos de accidentes automovilísticos, ferroviarios y otros que representarían un riesgo no había sino determinar al responsable para hacer frente a los daños aún cuando la víctima no hubiera probado la culpa, sin conceder espacio, en la generalidad de estos casos, a descargar la responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa. En esta línea de interpretaciones, incluso se llegaba a otorgar un carácter omnicomprendivo a la cláusula de la responsabilidad por culpa, con alcance aplicativo a todo hecho que causara un daño.

De esa manera, resultaba como corolario de la aplicación jurisprudencial del Código Civil de 1936 un ambiente de incertidumbre para la implementación de la cláusula general de la responsabilidad por culpa y los postulados de la responsabilidad objetiva, siendo la sombra subjetivista aquella bajo la cual se concedieron las indemnizaciones para los casos de actividades que implicaban algún riesgo. Este panorama de vaivenes interpretativos acompañado de unas ambigüedades teóricas, de “justificaciones sobre la base conjunta de los principios objetivo y subjetivo”<sup>5</sup> y a la luz de un código de corte subjetivista como fue el de 1936, pues “[...] inconfusamente la culpa se hace presente como causa determinante de la responsabilidad”, tal como lo resaltó el preclaro jurista peruano José León Barandiarán en sus comentarios al Código Civil peruano (1983, p. 76), con una jurisprudencia que más bien asumió una actitud de inclinación objetivista, impulsaría indiscutiblemente a los redactores del Código Civil de 1984 a reconocer la necesidad de contemplar un supuesto de responsabilidad especial y autónomo en relación con la responsabilidad por culpa, para los casos de imputación por riesgo, tal como se muestra en los puntos que siguen en el presente capítulo.

4 Ibid., 102-118.

5 Ibid., 118.

*La responsabilidad por culpa en el Código Civil de 1984: Una cláusula general como herencia del régimen de responsabilidad civil del Código de Napoleón*

El supuesto de responsabilidad por hecho propio está contemplado en el art. 1969 del CC y contiene un criterio de imputación subjetivo, el dolo o la culpa, como base de la imputación de responsabilidad.

Se puede afirmar que aunque el Código Civil peruano de 1984 se distanció del esquema absolutamente subjetivista, característica de la codificación que le precedió, por fundarse solo en la imputación por culpa, mantiene —como la mayoría de regímenes de responsabilidad civil, propia de los sistemas jurídicos de base romano-germánica y herederos del régimen instaurado por el código francés— la “cláusula general de la responsabilidad civil por culpa”, con la cual, se inicia el régimen de responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil de 1984.

En efecto, el art. 1969 del CC de 1984 dispone que “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Se trata de una norma clave en la responsabilidad civil para permitir en términos sumamente amplios la indemnización de los daños, siempre que se cumpla con los elementos del supuesto de responsabilidad, a saber: el daño, la relación causal, la antijuridicidad y el criterio de imputación de responsabilidad que en la referida norma es la culpa.

Con semejante fórmula general de responsabilidad, el legislador peruano de 1984 se mantuvo en la línea trazada por la tradición francesa, en el sentido de consagrar la cláusula general de la responsabilidad por culpa, supuesto de responsabilidad que a su vez encabezó el régimen de responsabilidad extracontractual en el derogado Código Civil de 1936 y en su predecesor, el Código Civil de 1852. Así, el art. 1136 del CC de 1936 dispuso: “Cualquiera que por sus hechos, descuido e imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.<sup>6</sup> Esta

6 El jurista peruano León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de Obligaciones)*, con relación al régimen de responsabilidad civil en el Código de 1936, explicó que el legislador asumió una orientación subjetivista con alguna concesión a la teoría del riesgo, de allí que afirmó: “Se puede decir firmemente que la idea de culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero solo en determinados casos”. Esta posición subjetivista se mantuvo en su obra más reciente, *Curso del Acto Jurídico*, con referencia al proyecto del Código Civil peruano, 1.ª ed., Lima, 1983, p. 76. Si bien por un lado, el régimen de la responsabilidad extracontractual de carácter fundamentalmente subjetivista, así como la doctrina de la época del Código de 1936 estuvo matizada de subjetivismo, por otro lado, buena parte de la jurisprudencia que aplicó el artículo 1136 del CC de 1936 se orientó en el sentido de una responsabilidad objetiva,

norma reprodujo en forma prácticamente idéntica el art. 2191 del CC de 1852 que a la letra señaló: “Cualquiera que por sus hechos, descuido e imprudencia, cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo”. A su vez, esta regla no hizo sino resumir en un solo texto los arts. 1382 y 1383 del CC francés. En efecto, el art. 1382 del Código Civil francés de 1804 prescribe lo siguiente: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer*” y el art. 1383 del mismo cuerpo legal francés prevé: “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”.

El art. 1969 es una norma vertebral del régimen de responsabilidad, de allí que encabeza la normatividad sobre la responsabilidad extracontractual, por tratarse de una “cláusula general” o “principio de clausura” de responsabilidad civil por culpa, ya que permite a la víctima que haya sufrido un daño y pretenda una indemnización invocar dicha norma, siempre que además de la prueba del daño y del nexo causal quede establecido que el daño fue generado por “culpa” del agente causante del daño. En otros términos, la operatividad de la norma requiere que concurra un daño, la relación causal entre el daño y la “acción” u “omisión” del causante del daño y que el daño haya sido producido con culpa.

El carácter de “cláusula general” o “principio general de la culpa” en dicha norma es heredado del Código Civil francés, el cual ha irradiado todos los códigos latinoamericanos y la mayoría de los códigos civiles europeos. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 2043 del Código Civil italiano de 1942<sup>7</sup>, norma que representó un referente importante para la formulación del Código Civil peruano de 1984, atendiendo a la influencia que tiene la civilística italiana en el desarrollo del derecho civil peruano.

Sobre la importancia de considerar como “principio general de responsabilidad por culpa” a la norma que contiene el clásico supuesto de responsabilidad en el art. 1969 del CC de 1984, se puede afirmar que es un dato clave para entender la bondad y laxitud de la norma a los fines de poder comprender “toda” hipótesis

---

pues una razón de fuerza era que los jueces trataran de adecuar sus fallos a la justicia de la indemnización de los casos concretos en que los daños se generaban mediante actividad riesgosa. En este sentido, en una mayoría de los casos, la responsabilidad se atribuyó al causante. De Trazegnies Granda, “*La responsabilidad*”, 110.

7 Artículo 2043 CC. It. “*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altrui un danno ingiusto, oblige colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

de responsabilidad, en la medida que se prueben los elementos del supuesto de responsabilidad, el daño, la relación causal. En cuanto a la culpa, criterio de imputación contemplado en el citado supuesto de responsabilidad, el legislador peruano ha sido, ciertamente, muy generoso frente a las víctimas de daños, al contemplar una inversión de la carga de la prueba de la culpa, a diferencia de la mayoría de códigos civiles.

Al respecto, la ilustre jurista italiana Giovanna Visintini explica que

[...] los redactores del *Code* quisieron formular el principio general de la culpa como fuente de la responsabilidad civil, principio susceptible de aplicaciones ilimitadas al que conducen todas las hipótesis de responsabilidad, comprendidas no solo las producidas por el *fait personnel* sino también por el *fait d'autrui* y el *fait de choses* [...]. En efecto, no hay duda de que se quiso atribuir a la culpa el rol de criterio de imputación de alcance general y que hasta la responsabilidad por el daño producido por las cosas custodiadas y por el hecho de otro encontraba fundamento en un defecto de vigilancia, en una negligencia o en una imprudencia del sujeto responsable”.<sup>8</sup>

La fórmula legislativa francesa permaneció intacta y, notablemente, permitió la posterior obra de ampliación de la jurisprudencia francesa.

En el Código Civil italiano la norma del art. 2043 del CC consagra la correspondiente cláusula general de responsabilidad por culpa, y ello determina la existencia de un sistema de responsabilidad, como señala Pier Giuseppe Monateri, “tendencialmente abierto”<sup>9</sup> que el intérprete puede actualizar permanentemente. Para esta actualización de la norma italiana, equivalente al art. 1969 del CC peruano, la doctrina y la jurisprudencia italianas han hecho referencia a la Constitución como fuente de normas que conciernen al campo del ilícito civil, coordinación normativa que se advierte también en la doctrina civil peruana<sup>10</sup> a través de una relación de exigencia recíproca con la Constitución, pues esta contiene los valores fundamentales sobre los que se construye el Estado de Derecho en un determinado sistema jurídico, en el que la persona humana y su dignidad son el centro de interés prioritario para el derecho y en ese sentido lo entendió

8 Giovanna Visintini, “La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad”, (En *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1. Buenos Aires: Astrea, 1999), 8-9.

9 Pier Luigi Monateri, “Le Fonti delle Obbligazioni 3”, (En *La Responsabilità Civile*, Turin: UTET, 1998), 4.

10 Carlos Fernández, “El Código Civil peruano de 1984: su elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama”, (*Themis*, 66, 2014), 2-40.

el legislador del CC de 1984. Al respecto, explica Monateri que la propia Corte Constitucional italiana ha afirmado lo siguiente:

[...] esta corte ha puesto en relieve el nuevo valor del art. 2043 luego y por efecto de la entrada en vigor de la Constitución, como un instrumento para la protección de los valores que ella prevé y asegura, entre los cuales tiene un especial relieve el principio de la solidaridad así como la estrecha relación que deriva entre dicha norma y los preceptos constitucionales, a los fines de la determinación del ilícito y de la reparación que deriva de la violación del precepto.<sup>11</sup>

Si bien en Italia el supuesto de la responsabilidad por culpa es la cláusula general de responsabilidad, la misma se circunscribe a la responsabilidad directa, es decir, a la responsabilidad por hecho propio, pues a diferencia del Código Civil francés que en principio también abarcaba la responsabilidad indirecta, el legislador italiano contempló una norma especial para la responsabilidad indirecta, el art. 2049 del CC italiano, cuyo equivalente es el art. 1981 del CC peruano. Sin embargo, como cláusula general, el principio de la responsabilidad por culpa se mantiene en la práctica como una cláusula “residual”<sup>12</sup>, lo que significa que de no ser aplicable alguno de los supuestos especiales del régimen de responsabilidad, la víctima puede ampararse en el principio de la responsabilidad civil por culpa consagrado en el supuesto del art. 2043 del CC italiano.

Es importante señalar que la interpretación y el sentido de la cláusula general de la responsabilidad civil por culpa del derecho italiano han sido entendidos por el legislador peruano y así lo ha corroborado la doctrina y la jurisprudencia peruanas, respecto a la aplicación del art. 1969, así como la propia normatividad del régimen de responsabilidad civil en el Perú. En efecto, de acuerdo a la sistemática del régimen de responsabilidad, el legislador peruano, siguiendo al legislador italiano, contempló un supuesto de responsabilidad civil directa en el art. 1969 del CC y otro supuesto de responsabilidad indirecta en el art. 1981 del CC, que contempla la “responsabilidad por el hecho de otro” cuando existe una relación de dependencia.

Por tanto, el art. 1969 del CC peruano contiene un supuesto de responsabilidad por “hecho propio” que consiste en una responsabilidad “directa” del agente

11 Monateri, “Le Fonti”, 4-5.

12 Cf. Francesco Busnelli, *La lesioni del crédito da parte di terzi* (Milán: Giuffrè, 1964), 67; Stefano Rodotà, “Il problema della responsabilità civile” (Milán: Giuffrè, 1964), 169; Monateri, “Le Fonti”, 8.

causante del daño, sea por acción o por omisión. Es decir, en este supuesto de responsabilidad, existe una acción u omisión “culposa” del agente que causa un daño directamente, por lo que se distingue del supuesto de la responsabilidad indirecta del art. 1981 del CC que supone el hecho de un tercero por el cual, este último es responsable por un supuesto de responsabilidad independiente, como puede ser el contemplado en el art. 1969 del CC o en el art. 1970 del CC, y en mérito de un criterio de imputación objetivo consistente en “la relación de dependencia” se produce la atribución de responsabilidad al principal, quien resulta ser responsable indirecto de los daños causados por el dependiente.

De acuerdo con el art. 1969 del CC, no es requisito poner en evidencia la “tipicidad” de la conducta culposa, carácter que en cambio debe concurrir en el derecho penal, en razón de ello, el juez civil tiene “un amplio margen de valoración” de la conducta imputada como culposa para determinar que existe “culpa”, es decir, el criterio de imputación que exige el art. 1969 del CC para la atribución de la responsabilidad. Por consiguiente, el abogado que conoce bien los detalles de cómo se produjeron los hechos en el caso y debe esforzarse por probarlos, debe también y sobre todo poner en evidencia la conducta culposa del imputado de responsabilidad bajo el art. 1969 del CC, sea a través de la violación de la diligencia debida (negligencia), la imprudencia (ir más allá de lo permitido por las reglas del arte o profesión) o de la violación de las reglas del saber o función que se desempeña (impericia). Cualquiera de estas manifestaciones de la culpa o la intención de dañar (dolo) constituye el fundamento de imputación del art. 1969 del CC. Ciertamente, la configuración de una conducta como culposa dependerá de la prueba que se tenga de la misma, a la cual se atribuye la responsabilidad por culpa. Por ello, dicha determinación queda librada al amplio criterio del juez para la valoración de la prueba que se aporte y que revele una conducta culpable. Sobre el tema de la valoración de la conducta culpable, debe hacerse claridad en separar la valoración que pueden llevar a cabo un juez civil y un juez penal. El juez civil valora la culpa de manera objetiva, es decir, preguntándose cómo se habría comportado otro sujeto con las mismas calidades técnicas o profesionales en el caso concreto. No hay una indagación extremadamente subjetivista tal como se da en el derecho penal. Por ello, en el derecho de la responsabilidad civil hablamos de “la diligencia debida” (un estándar de comportamiento colocado en las circunstancias objetivas de tiempo y lugar en que se producen los hechos). No

hay tipificación de las conductas como sí en el derecho penal, en el que todo es muy específico para que sea considerado delito según la ley.

Por último, no existen pautas jurisprudenciales tan estrictas de los jueces civiles, tan específicas y detalladas, que conduzcan a determinar los alcances que puede tener la culpa del sujeto al que se imputa responsabilidad. Como se refirió en precedencia, el juez peruano goza de un amplio margen para dicha valoración, lo que le es facilitado precisamente por la calidad de cláusula general que tiene el art. 1969 del CC y como tal, debe ser completado por el juez, a través de los elementos de juicio en cada caso concreto.

*La inversión de la carga de la prueba en el supuesto de la responsabilidad por culpa del artículo 1969 del CC*

Además de consagrarse la cláusula general de la responsabilidad por culpa, en el art. 1969 del CC, el legislador peruano introdujo una inversión de la carga de la prueba de la culpa en la segunda parte de la norma.<sup>13</sup> De esta manera, la norma dispone que la víctima no debe probar la culpa del sujeto a quien imputa la responsabilidad, sino que el demandado es quien debe defenderse de la imputación por culpa, probando su ausencia. Con esta fórmula legislativa se otorga al juez peruano una gran flexibilidad para determinar si las medidas adoptadas por el demandado, conducentes a evitar la producción del daño, son conformes al estándar de la diligencia debida, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En esta valoración de la conducta, el juez puede adoptar una posición más objetiva o no para la determinación de si el imputado de responsabilidad logra acreditar su ausencia de culpa.

La inversión de la carga de la prueba contenida en el art. 1969 del CC constituye una particularidad que la distingue de los códigos civiles que fueron referentes para el legislador peruano, en especial, el Código Civil italiano de 1942.

La especificación del art. 1969 del CC en su segunda parte dice que “[...] el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, indica entonces que el legislador ha facilitado la carga de la prueba de la víctima de los daños en el

13 Artículo 1969 del CC, 1984: “Aquel que por dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.



sentido de no hacer pesar sobre ella la prueba de la culpa. De ello se puede inferir que la prueba del daño y la de la relación causal genera una presunción de culpa. Se trata de una interpretación que surge de la doctrina que ha tenido gran aceptación en el medio, no solo porque Fernando de Trazegnies<sup>14</sup> participó en la elaboración de los trabajos preparatorios del título de la responsabilidad extracontractual para el Código Civil de 1984 y por ello entendió lo que se discutió en los orígenes de la norma en referencia, sino también porque las facilidades en términos de la prueba de la culpa ya se habían manifestado en la jurisprudencia peruana que aplicó la cláusula general de la imputación por culpa a la luz del derogado Código Civil de 1936.

*La consagración de la responsabilidad objetiva como un supuesto especial de responsabilidad: Una diferencia que marca el Código Civil de 1984 respecto a los códigos civiles que lo precedieron*

A diferencia de los códigos civiles precedentes, el Código Civil de 1984 presenta el régimen de responsabilidad bajo el título de “La responsabilidad extracontractual”, dejando así atrás la vieja tradición de origen francés de referirse a las “Obligaciones que nacen de los delitos o cuasidelitos” en el Código de 1852 o “Del acto ilícito” del Código de 1936. En ese sentido, desde el título, el legislador de 1984 quiso marcar una diferencia con un régimen clásico de responsabilidad de corte predominantemente subjetivista, para permitir, en cambio, el acceso de claros supuestos de responsabilidad civil objetiva, es decir, carentes del criterio de la culpa como fundamento de la responsabilidad y por cierto, donde no se discute todo el tiempo sobre la “ilicitud del acto”, dado que puede haber daños indemnizables que provienen del ejercicio de una actividad lícita.

*La concreción de la responsabilidad objetiva en el Código Civil de 1984: La responsabilidad por riesgo en el artículo 1970 CC*

En esa línea de cambios profundos respecto al Código de 1936, el art. 1970 del CC de 1984 resulta emblemático de la ruptura que tiene el régimen de responsabilidad extracontractual respecto a los códigos que lo precedieron, al consagrar

.....  
14 De Trazegnies Granda, “La responsabilidad”.

expresamente un supuesto de responsabilidad civil por riesgo. Así, el art. 1970 dispone: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

El art. 1970 del CC constituye un supuesto especial de responsabilidad civil, de naturaleza objetiva, toda vez que prescinde de la negligencia o culpa. De ninguna manera constituye un principio de responsabilidad, pues no representa la norma a la que se recurre cuando la posibilidad indemnizatoria no se encuentra prevista en una norma específica. En otras palabras, se trata del supuesto especial de responsabilidad conforme al cual debe concurrir una actividad riesgosa o que se haya utilizado un bien riesgoso en la producción del daño, para que la víctima pueda acceder a la indemnización de los daños sufridos, y que queden probados, indudablemente, el daño y la relación causal.<sup>15</sup>

Como se aprecia, no cabe discutir en forma alguna la existencia de negligencia del causante del daño, puesto que no es el criterio de imputación en que se basa la norma en este supuesto del art. 1970 del CC, a diferencia del art. 1969 antes citado, donde sí, en cambio, la base de la imputación de responsabilidad es la culpa.

El supuesto de responsabilidad civil contemplado en el art. 1970 del CC tiene aplicación en el Perú para todos los casos de actividades consideradas riesgosas, por ejemplo, la actividad de daños generados por accidentes de tránsito. Entre otras actividades consideradas en este supuesto de responsabilidad se encuentra la manipulación de maquinaria de la cual puedan resultar daños a terceros, la electricidad, la actividad minera (el caso de los daños de derrumbe de la mina o cualquier accidente generado por el desarrollo de la actividad minera a terceros). En estos casos, la responsabilidad se atribuye a quien en ejercicio de la actividad riesgosa causa un daño a un tercero. Aquí no cabe en absoluto una discusión en términos de culpa porque este no es el criterio de imputación del daño, sino lo es el riesgo. Y este criterio de imputación objetivo genera una presunción de responsabilidad en quien causó el daño, donde solo cabe liberarse de responsabilidad con la ruptura causal, es decir, el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho

15 Se trata de un supuesto de responsabilidad que responde a las exigencias de los tiempos actuales caracterizados por la frecuente exposición al riesgo por parte de los consociados, para citar un ejemplo, en los casos de la aplicación de la tecnología en los actos médicos como las transfusiones de sangre. Cf., Tania Vivas, Olenka Woolcott y Tary Garzón, *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH* (Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017), 20-22.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

determinante de un tercero o el de la propia víctima. No cabe aducir y probar pues que se actuó con la diligencia debida, esto es ausencia de culpa, porque para el supuesto normativo del 1970 del CC constituiría una prueba irrelevante.

## La experiencia colombiana de la responsabilidad por riesgo a la luz del artículo 2356 del CC

### *Consideraciones preliminares*

Si bien existe una tendencia global hacia la responsabilidad objetiva, sin llegar a derogar el criterio de imputación subjetivo, la culpa, debe aceptarse que la práctica jurisprudencial demuestra una coexistencia de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, esta última expresada mediante diversos criterios de imputación, como el riesgo, la equidad, la garantía, etc., que surgen a partir de la evolución jurisprudencial, llegando en algunos casos a plasmarse en normas. En este proceso han jugado un rol determinante la doctrina y las nuevas tendencias de la responsabilidad que provienen, para el caso de los sistemas jurídicos latinoamericanos, fundamentalmente del derecho europeo, lo que ocurre en buena parte como un tributo a las raíces de estos sistemas.

Colombia ha recibido la influencia de las nuevas tendencias de la responsabilidad civil, y si bien no ha actuado una reforma de su Código Civil, cuyo régimen de responsabilidad permanece intacto, con algunas excepciones consagradas por la legislación especial y donde el legislador ha identificado algunas actividades para las que ha reconocido expresamente unos supuestos específicos de responsabilidad objetiva.<sup>16</sup>

A diferencia de cuanto parece ser la percepción de Felisa Baena<sup>17</sup> en el sentido de que en Colombia el ordenamiento reclama una evolución legislativa y jurisprudencial para dar sustento a los criterios de imputación objetiva, debe

16 De esta manera se puede citar el artículo 20 del Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011 que contiene la fórmula legislativa sobre la materia contemplada en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, del 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (1985). En esta línea de supuestos de responsabilidad objetiva se encuentra, igualmente, la Ley 430 del 16 de enero de 1998, cuyo artículo 6 establece la responsabilidad por desechos y residuos peligrosos (1998).

17 Felisa Baena, *La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)*. (Parte 2, 2011. <http://www.morenoqabogados.com/datas/>

reconocerse que sí se encuentran lineamientos en la jurisprudencia que indican un camino en construcción para asentar la responsabilidad objetiva en Colombia, tal como se podrá apreciar más adelante, al compás de cuanto ha acontecido en otros ordenamientos jurídicos, como el peruano, para citar un caso en el plano de los sistemas jurídicos latinoamericanos, donde si bien la evolución jurisprudencial puso en evidencia los síntomas de una línea sostenida hacia la responsabilidad objetiva para los casos en que nada tiene que ver la individualización de la culpa a los fines de la imputación de responsabilidad, el legislador termina por acoger el criterio del riesgo en una norma expresa del Código Civil de 1984.

En efecto, como se ha podido apreciar, el régimen peruano de la responsabilidad civil constituye un caso paradigmático de cómo fue necesaria la intervención del legislador en 1984 para dejar sentada una posición respecto a que en los casos de actividades riesgosas, el criterio de imputación aplicable deba ser el riesgo. En efecto, con la norma contenida en el art. 1970 del Código Civil peruano, no cabe duda de que para los casos del supuesto de responsabilidad, corresponde la aplicación de la responsabilidad objetiva por riesgo sin recurrir en una presunción de culpa o inversión de la carga de la prueba de la culpa, las cuales fueron las vías por las que recorrió la jurisprudencia peruana antes de la reforma del régimen.

Por su parte, si bien el Código Civil colombiano mantiene una norma ambigua sobre la responsabilidad por riesgo, como la del art. 2356 del CC, la jurisprudencia ha sido fluctuante y más bien ha inclinado la balanza para interpretar que la mencionada norma contiene una regla de responsabilidad objetiva por riesgo. De esta manera se demuestra que es posible la existencia de una regla de responsabilidad objetiva por riesgo que surge de la jurisprudencia aún cuando no se encuentre definida en el texto legislativo. Se confirma más bien, a través del sentido que refleja la regla jurisprudencial, que la responsabilidad civil es eminentemente jurisprudencial, aunque su punto de partida sea la norma positiva, el régimen previsto en el Código Civil.

El reconocimiento expreso de algunos supuestos de responsabilidad objetiva por parte del legislador colombiano, al margen del régimen consagrado en el Código Civil, es un indicador claro de que un sistema jurídico no puede, ante las condiciones actuales de desarrollo científico y tecnológico que afectan el

mercado y la cotidianidad de la vida en sociedad, persistir en un régimen basado exclusivamente en una regla de responsabilidad subjetiva, sino que debe adecuarse a las nuevas circunstancias que delatan una mayor exposición al riesgo de los ciudadanos. Sin embargo, la regulación especial de supuestos de responsabilidad objetiva parece no tener un impacto en la interpretación jurisprudencial del art. 2356 del CC, en la medida que el mismo no refleja una línea clara de responsabilidad objetiva por riesgo. En efecto, de acuerdo a lo que se desprende de la aplicación del supuesto de responsabilidad en referencia, se dan avances y retrocesos en cuanto a una definición de la responsabilidad objetiva por riesgo. La jurisprudencia colombiana muestra cierto temor en aceptar la responsabilidad objetiva por el riesgo, que es el criterio de imputación a que alude el supuesto en referencia.

El concepto de responsabilidad objetiva alude a una noción en sentido negativo en relación con la culpa. Es decir, se alude a todo supuesto de responsabilidad que no tenga como criterio de imputación la culpa sino otro, como el riesgo, por el cual, opera la imputación de responsabilidad y el demandado solo puede defenderse con la prueba de la relación causal.

### *La interpretación del artículo 2356 del Código Civil colombiano*

El examen de la aplicación del art. 2356 del CC colombiano precede a su equivalente art. 2329 del CC chileno en este trabajo, y si bien ambos tienen un texto idéntico debido a su creador, Andrés Bello, se puede identificar alguna particularidad interpretativa ya sea en el plano doctrinario o jurisprudencial. El supuesto de responsabilidad contenido en la mencionada norma difiere del supuesto general de la responsabilidad civil por culpa que consagra el art. 2341 del CC<sup>18</sup> del mismo cuerpo legal, respecto del cual es pacífica la doctrina en reconocer en él un principio de la responsabilidad civil heredado del Código de Napoleón de 1804.<sup>19</sup>

En cambio, respecto al art. 2356 del CC es necesario poner a prueba un esfuerzo particular de comprensión y por ello ocupa una especial atención de la

18 Art. 2341. Responsabilidad extracontractual. "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

19 El Código Civil francés incorpora la cláusula general de la responsabilidad por culpa en su art. 1382 del CC de la que los franceses harían un dogma para con ello impregnar toda la responsabilidad civil. Dicha norma se convirtió en el modelo que siguieron la mayoría de códigos de base romano-germánica, así el Código Civil italiano. Cf. Visintini, "La culpa", y los códigos civiles latinoamericanos.

doctrina, toda vez que su redacción induce a interpretaciones variadas y hasta contradictorias, lo que se evidencia de los propios vaivenes jurisprudenciales que unas veces acogen preferentemente una corriente de pensamiento subjetivista y, otras, adoptan una línea más objetiva para la aplicación de la norma. Si se atiende al texto literal de la norma, se observa que la primera parte corresponde a una visión subjetiva de la imputación del daño, en tanto que los numerales del art. 2356 del CC colombiano enuncian más bien situaciones de actos o actividades que comportan un cierto nivel de riesgo. Ante ello, surge la inquietud de determinar si la norma alude a un supuesto de responsabilidad por culpa o a uno de responsabilidad objetiva o si se encuentra en ella un símil a las propuestas europeas de armonización del derecho de daños que han sido examinadas en el capítulo precedente.

La jurisprudencia colombiana emprende, hacia finales de los años treinta del siglo pasado, una interpretación novedosa para la época y para el contexto normativo, al señalar que el art. 2356 del CC prescribe un régimen de responsabilidad por el desarrollo de actividades peligrosas basado en una “presunción irrefragable de culpa”<sup>20</sup> o en una presunción de responsabilidad, como se puede desprender fundamentalmente de las primeras sentencias sobre actividades peligrosas en la jurisprudencia de 1938.<sup>21</sup> En ambos casos, la víctima no debe probar la culpa del causante del daño y este último se libera de responsabilidad solo con la ruptura causal. Sin embargo, se puede observar una diferencia importante en ambas soluciones que, aunque llegan a un mismo resultado, la responsabilidad objetiva, en el primer caso, el de la “presunción irrefragable de culpa” se recurre a la culpa, aunque se menciona que no constituye en el fondo el componente real de la imputación de responsabilidad ya que el demandado no puede descargar su responsabilidad con la prueba de la ausencia de culpa; se trata, pues, de una venia al criterio tradicional subjetivo, sin posibilidad de descargo de la culpa. En el segundo caso, cuando se afirma la existencia de una presunción de responsabilidad, aquí la jurisprudencia reconoce que el riesgo es el criterio que genera la presunción de

20 Fabricio Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, (*Opinión Jurídica*, 6, 11, 2007) 136; del mismo autor, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno”, (*Actualidad Jurídica* 16 (2007), 22. Se ha referido a las presunciones irrefutables de culpa Christian Larroumet, *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado* (Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2006), 388.

21 Colombia, Corte Suprema de justicia, “Sentencia de 14 de marzo de 1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza”, en *G. J. t. XLVI, N° 1938*, 1938, 211-17.

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

“responsabilidad” y no de culpa, por ende, el demandado solo puede descargar su responsabilidad con la prueba de la ruptura causal.

En otros términos, la jurisprudencia colombiana ha interpretado el art. 2356 del CC con un claro propósito de mostrar que los efectos del supuesto de responsabilidad corresponden a una responsabilidad por riesgo que para los fines prácticos es una responsabilidad objetiva. Sin embargo, se observa en los dictados de las sentencias que se recurre al lenguaje y al formato de la culpa, en particular bajo la expresión de una presunción de culpa o culpa presunta. De allí que la doctrina haya advertido la existencia de una “apariencia de responsabilidad subjetiva”<sup>22</sup> en la aplicación que ha venido realizando la Corte Suprema del mencionado art. 2356 del CC, teniéndose en cuenta, como se señala en líneas precedentes, que los efectos son los mismos que los de la responsabilidad objetiva, toda vez que se considera la causa extraña como la única causal para exonerarse de responsabilidad.

Se trata, en efecto, de un doble discurso el que se encuentra en la jurisprudencia colombiana sobre esta materia, pues se reviste de un ropaje subjetivista aquello que en la realidad se considera como responsabilidad objetiva. “*Calling a pig a mule*” fue la frase que empleó David Owen<sup>23</sup> para referirse a un proceso de adecuación del derecho de los *torts* a los daños derivados de productos defectuosos.<sup>24</sup> En efecto, la gestación del supuesto especial de la responsabilidad del productor se manifestó en la jurisprudencia estadounidense ante la ausencia de un criterio de responsabilidad objetivo, a través del recurso a las presunciones

22 Baena, “La objetivación”.

23 David Owen, *Products Liability Law*. 3ª. (Minnesota: West Academic, 2015), 411.

24 Se trata de un proceso natural de adecuación del derecho de la responsabilidad frente al surgimiento de nuevos supuestos de responsabilidad. Lo que no se justifica en los tiempos actuales es seguir observando los nuevos fenómenos de la sociedad moderna con el mismo prisma del siglo XIX, de lo contrario se seguirá rindiendo homenaje a una culpa que no es real en los hechos tal como se presentan y que más bien delatan su verdadera personalidad en el riesgo. Hay quienes se refieren a este doble discurso jurisprudencial y hasta doctrinario como el “mito jurídico”, expresión tomada por Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, (*Opinión Jurídica*), 129-50. De Miguel De Lorenzo, “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado”, (*En El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuero Caldani*, ed. N. E. Alterini, A. y Nicolau, Buenos Aires: La Ley, 2005), 65-67, quien sobre el uso de expresiones que encierran un contenido distinto si se contrastan con la realidad, refiere que el empleo de la ficción en el derecho “es, precisamente, la posibilidad de cambiar la norma sin mutar el texto; si se quiere, una forma conservadora de innovar”.

de culpa, al *res ipsa loquitur*, con el fin de facilitarle la carga de la prueba de la culpa a la víctima de un daño derivado de producto defectuoso.

Para zanjar el cuestionable doble discurso jurisprudencial que bajo el argumento de la aclamada presunción de culpa ha sido “invariable” durante muchos años en la jurisprudencia de la Corte<sup>25</sup>, teniéndose a salvo la línea de orientación hacia la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, la misma Corte dio un paso adelante para ubicarse con claridad en el terreno de la responsabilidad objetiva con el célebre fallo de agosto de 2009<sup>26</sup>, en el cual se aborda el problema de la imputación del daño como consecuencia de un accidente vehicular. En síntesis, la sentencia abandona la interpretación tradicional del art. 2356 del CC que sostenía la existencia de una presunción de culpa y acoge con firmeza la tesis del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, con lo cual, quedaba desplazada la invocación de una presunción de culpa.

Si bien esta sentencia destaca por la argumentación en favor del reconocimiento de un supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo en la mencionada norma, también cabe anotar que en sus consideraciones se encuentra una significativa alusión a las tendencias y orientaciones de la responsabilidad civil en el derecho comparado. En este sentido, se aprecia la mención que hace la sentencia de 2009 a los Principios Europeos de Responsabilidad Civil o conocidos por sus siglas en inglés como PETL, y de los cuales parte precisamente la motivación de los dos capítulos del presente libro que se destinan al tratamiento de la responsabilidad civil. Entre los argumentos de la mencionada sentencia se observa, aunque sin mayor examen, que en el referido documento europeo se destaca la existencia de una noción objetiva de la culpa en los arts. 4:102 y 4:201, de una previsión de inversión de la carga de la prueba de la culpa, basada en la gravedad del peligro que la actividad desarrollada comporta; y, por último, el art. 5:101 de la propuesta europea hace referencia a la cláusula general de responsabilidad objetiva contenida en ella.

Como se puede desprender del texto de la sentencia de 2009, se hizo incluso alusión a los avances que se vienen adelantando en Europa en materia de

25 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, 2010.

26 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil. Ref. Exp: 2001-1054 Sentencia 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas”, (2009).



•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

la responsabilidad para sostener su posición de rigor interpretativo en favor de la responsabilidad objetiva por riesgo, y con ello hacer frente a una norma con elementos subjetivos en el lenguaje y, por cierto, a la muralla de la culpa que impregna aún el sistema colombiano de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el peso de la tradición subjetivista de la responsabilidad<sup>27</sup> no tardó en sobreponerse y dar lugar a posiciones encontradas en la doctrina colombiana, lo que preparó el camino para un posterior viraje de la Corte Suprema en el año 2010<sup>28</sup>, a través de un fallo recaído en un caso de muerte producida por una cerca eléctrica instalada dentro de una finca y con el cual la Corte retomó el camino subjetivista de la responsabilidad para la interpretación del citado art. 2356 del CC, por la vía del reconocimiento en la norma de una presunción de culpa.

De la revisión del camino jurisprudencial que ha tenido Colombia en la interpretación de una norma que entre sus elementos contiene unos visos de actividades riesgosas, se puede anotar que es indudable que se atiende a una noción que no aparece en otros supuestos de responsabilidad, la noción de “actividades peligrosas”, las que son enunciadas en los numerales “no taxativos” que tiene la norma, más allá de que la jurisprudencia haya tendido preferentemente a sostener una posición subjetivista de la responsabilidad. Precisamente, en dicha noción se ha apoyado tanto la doctrina como la jurisprudencia para sostener la autonomía del art. 2356 del CC respecto del principio general de la responsabilidad por culpa que consagra el art. 2341 del CC. Esta perspectiva en el análisis marca una notable diferencia con aquella que presenta el derecho chileno frente a una norma equivalente en su Código Civil, para el cual, toda aproximación al supuesto de responsabilidad contenido en el art. 2329 del CC chileno, equivalente al 2356 del

27 Con razón se ha afirmado que “la existencia de un principio general de responsabilidad civil por culpa parece ser un dogma incontrovertible en el derecho colombiano”. Mantilla, “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”, (*Opinión Jurídica* 6), 129-50, aunque sea indiscutible que se está ante una regla general de responsabilidad que no impide la configuración de supuestos especiales de responsabilidad objetiva; sin embargo, el derecho colombiano parece mostrar reverencia al principio puesto que no se aparta, sobre todo en el lenguaje, de la culpa sin tener en cuenta que la realidad de la aplicación jurisprudencial demuestra contradicciones respecto a la postura inicial en el fallo de los casos, en especial de aquellos en los que está involucrada una actividad riesgosa. El predominio del razonamiento en términos de la culpa ha sido recalcado por la propia Corte Suprema colombiana como sigue: “[...] la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil viene impregnada de las tesis subjetivistas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad”, Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, (2010).

28 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, (2010).

CC colombiano, como se verá en el apartado siguiente del capítulo, inicia por el postulado del inciso I°, correspondiente al encabezado de la norma, donde se encuentra, como en el caso de la norma colombiana, una referencia explícita a la “malicia o negligencia” de la persona a quien se imputa la responsabilidad.

En ese sentido, el examen del supuesto de responsabilidad que tiene presentes los enunciados de la propia norma que refieren a unas “actividades peligrosas”, le permite a la doctrina colombiana, así como a la jurisprudencia, mirar con claridad que el supuesto de responsabilidad allí contenido es distinto y autónomo respecto a la regla general de la responsabilidad por culpa que consagra el art. 2341 del CC, a pesar de que el encabezado de la misma norma contenga una referencia puntual a la “malicia” y “negligencia”, conceptos que han tenido un peso importante para evitar la desvinculación de la norma de una tesis subjetiva de la responsabilidad y que, en todo caso, la jurisprudencia llega a interpretar a la luz de una presunción de culpa, tal como se confirma en las argumentaciones de la sentencia de 2010.<sup>29</sup>

Con lo señalado, se puede pensar en que una valoración rigurosa de la descarga de la culpa del causante del daño dependerá de la valoración más o menos estricta que realice el juzgador, lo que tendrá relevancia para los fines de la liberación de la responsabilidad.

Indudablemente, la visión predominante en el derecho colombiano que reconoce un sustrato diferente al art. 2356 del CC marca sin duda una diferencia con los planteamientos interpretativos de la doctrina jurisprudencial chilena, como se podrá apreciar más adelante, y de esa manera se alinea con las tendencias del doble canal de la responsabilidad, subjetiva y objetiva, aunque asumiendo el costo del peso de la tradición de la culpa, la cual le impide declarar con seguridad la existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo. De esta manera, se opta por el recurso a una presunción de culpa, de acuerdo a las tendencias que son desarrolladas a lo largo del siglo XX, a pesar de la influencia de la tradición subjetivista que, como se decía, genera unos obstáculos, en mayor o menor medida, en países de latinoamericanos como Colombia, Chile y Perú, para una afirmación clara de ambos territorios de la responsabilidad, el subjetivo y el objetivo, sea en el plano de la doctrina como de la jurisprudencia.

29 Colombia. Corte Suprema de Justicia, “Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda”, (2010).

## La experiencia chilena de la responsabilidad por riesgo: Una presunción general de culpa por el hecho propio en la realización de actividades peligrosas (art. 2329 del Código Civil chileno y su equivalente art. 2356 del CC colombiano)

Para el examen del supuesto de responsabilidad contenido en el art. 2329 del CC chileno cabe advertir que se trata de una norma equivalente al art. 2356 del CC colombiano, por ser ambas emanadas de una misma matriz, el proyecto de Código Civil para Chile redactado por Andrés Bello y que luego reprodujo Colombia.<sup>30</sup>

El art. 2329 CC chileno dispone:

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta. Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;
3. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

En el derecho chileno se puede encontrar una línea interpretativa según la cual, la citada norma contiene una presunción general de culpa por hecho propio, pero no hay acuerdo al respecto<sup>31</sup>, ni a nivel doctrinario ni jurisprudencial. Sin embargo, se puede señalar que se trata de una lectura normativa peculiar que surge como fruto del esfuerzo hermenéutico de los jueces en medio de una fuerte corriente subjetivista que impregna el Código Civil chileno de origen decimonónico y que se inclina preferentemente por interpretar la citada norma, art. 2329

30 Maximiliano Aramburo, "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: Apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", (*Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38, 108, 2008), 18; Mantilla, "El principio general" *Actualidad Jurídica*, 17-33.

31 Rodrigo Barría, "La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo", (*Revista Ius et Praxi* 2, 20, 2014), 296.

del CC “como una confirmación de la regla del artículo 2314<sup>32</sup> del mismo cuerpo legal”<sup>33</sup>, donde se consagra la cláusula general de la responsabilidad por culpa.

La línea interpretativa que reconoce autonomía al art. 2329 del CC respecto de la regla que contiene la cláusula de la responsabilidad por culpa<sup>34</sup> se ampara en la originaria y aislada lectura de casi la mitad del siglo XX, planteada por el jurista Alessandri (1943), quien sostuvo la existencia de una presunción de culpa y relación causal por hechos propios.<sup>35</sup> Para el jurista chileno, el citado art. 2329 difiere de la norma general de responsabilidad por culpa, contenido en el art. 2314 del CC, no solo por cuanto se desprende de la literalidad del texto legal, sino también por la enunciación no taxativa, de unos casos cuyos hechos dañosos demuestran por sí solos que lo más probable es que haya habido culpa, de manera que probados tales hechos, se presume la culpa y la relación causal.<sup>36</sup> De allí que el mismo jurista encuentre en la norma un sentido amplio para facilitar la imputación de la responsabilidad, beneficiando a las víctimas de los daños.

La referida línea interpretativa ha sido liderada por un sector menor de la doctrina chilena, la que se encuentra dividida<sup>37</sup> y aún, quienes se encuentran a

32 El artículo 2314 del CC chileno contempla una cláusula general de responsabilidad por culpa en los términos siguientes: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

33 Carolina Schiele y Josefina Tocornal, “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia” (*Revista Chilena de Derecho* 37, 1, 2010), 123.

34 Un estudio histórico-dogmático en Chile da cuenta de que ambas normas, la cláusula general de la responsabilidad por culpa del artículo 2314 del CC y la primera parte del artículo 2329 del mismo cuerpo legal tienen campos operativos diferentes, pues mientras en el primer caso se atiende a aquellos ilícitos que causan daño y están penados legalmente, en el segundo caso se trata de todos los demás ilícitos que carecen de pena legal. Siguiendo este planteamiento, se precisa que la interpretación del inciso 1° del artículo 2329 no impide una interpretación que conduzca a una reiteración del precepto del artículo 2314 del CC. Javier Barrientos, “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329, y de nuestro ‘Código Civil Imaginario’ (II),” (*Revista Chilena de Derecho Privado*, 13, 2009. Consultado agosto 19, 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/50718-80722009000200001>).

35 Con anterioridad, se encuentra en la doctrina chilena la misma posición en el jurista Carlos Ducci Claro en una Memoria de 1936 y posteriormente, en 1971. Carlos Ducci, *Responsabilidad Civil. Actividades peligrosas-hecho de las cosas-circulación de vehículos* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971). Carlos Ducci, *Responsabilidad Civil (Extracontractual)* (Santiago de Chile: Imprenta El Imperial, 1936).

36 Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 292-305.

37 Se ubican en la posición propuesta por Arturo Alessandri (1943), los juristas chilenos Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007); René Ramos, *De la responsabilidad extracontractual*, (Santiago: Lexis Nexis, 2006), al destacar la utilidad de la interpretación en el sentido de una presunción de culpa; y, de alguna manera, Rodríguez (2002).

•De la responsabilidad por culpa a las arenas movedizas de la imputación subjetiva y objetiva.

favor de la autonomía de la norma para su aplicación a las actividades peligrosas, no dejan de reconocer la presencia del elemento subjetivo en el encabezado de la norma al referirse a la imputación por malicia o negligencia<sup>38</sup>, visión que conduce a consolidar la posición que sostiene la existencia de una presunción de culpa que debe operar solo en determinados supuestos que demandan una “diligencia especial por la naturaleza de la actividad que se desempeña”.<sup>39</sup>

Por su parte, la jurisprudencia chilena se ha mantenido en una línea subjetivista de la responsabilidad, en el sentido de considerar que la norma del art. 2329 del CC, sobre situaciones de actos o actividades riesgosas, confirma la regla general de la responsabilidad por culpa, contenida en el art. 2314 del mismo cuerpo legal. En otros términos, se trataría de una norma reiterativa y totalmente dependiente de la regla general.

La prevalencia de la indicada línea interpretativa significa que la corriente doctrinaria presidida por Alessandri no tuvo impacto inmediato en el plano jurisprudencial, sino hasta “en años recientes”<sup>40</sup> donde se pueden encontrar unos fallos que de manera aislada, se han pronunciado por la autonomía del citado art. 2329 del CC y, en algunos casos, de manera extraordinaria, se llega a señalar la existencia en él de un supuesto de responsabilidad objetiva<sup>41</sup>, teniendo como argumento, algunas veces, “una presunción de responsabilidad con relación a las actividades peligrosas respecto al que las desarrolla”<sup>42</sup>, en otros, la presencia de

38 En este sentido, Rodríguez considera que existe una presunción de culpa en las tres hipótesis enunciadas en el artículo 2329 del CC chileno, mientras que sostiene que en el primer párrafo se reitera el principio general contenido en el artículo 2314 del mismo código, referido a la responsabilidad por culpa (Rodríguez, 2002, p. 209). En sentido opuesto a la existencia de una presunción contemplada en el artículo 2329 del CC se encuentra Ramón Meza, *Manual de derecho civil. Fuentes de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006).

39 Carolina Schiele y Josefina Tocornal, “Artículo 2329 del Código Civil. La interpretación de presunción por hechos propios existe en la jurisprudencia”, (*Revista Chilena de Derecho* 37, 1, 2010), 139.

40 Barria, “La presunción”, 299.

41 En este sentido, se encuentra el pronunciamiento de un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, recaído en el caso Farfán Cabezas, Johan con Empresas Unda y Roche Ltda. y Empresa Faenadora Súper Ltda., Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de octubre de 2003, causa rol 19759-2003, N.° 28643.

42 Al respecto se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de Chile (1998), recaída en el caso Reinal Barriga, Francisco y otros con Gasco Concepción S.A. causa rol 4420-1998, fallos del mes N.° 481, 2600-2621. Más recientemente en esta misma línea de considerar la existencia de una presunción de responsabilidad que invierte el peso de la prueba de la culpa, es el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 6 de octubre de 2008, recaído en el caso Concha Villagrán, Ramón Jesús y otros con Palma Barra, Francisco y otros, causa rol 2228-2004, N.° 40412. En otra sentencia, la Corte Suprema de Chile estimó aplicable el artículo 2329 del CC al precisar que dicha norma establece “una suerte de presunción de responsabilidad, el que en general reconoce dos grupos de casos: las actividades particularmente peligrosas y los casos en el que el daño prima facie ha sido causado con negligencia”,

una “presunción general de culpabilidad si el perjuicio causado es consecuencia de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”.<sup>43</sup>

Como se puede apreciar, la jurisprudencia chilena no se aparta de una interpretación de corte subjetivo respecto a un supuesto de responsabilidad como el contenido en el art. 2329 del CC, que si bien contiene en su encabezado una clara alusión a la “malicia” o la “negligencia” para la imputación del daño, ello obedece a un contexto histórico en que emana la norma, siglo XIX, impregnado de las tesis subjetivistas heredadas de la doctrina francesa para la imputación de la responsabilidad, las que han variado considerablemente en la evolución que ha logrado la institución a lo largo del siglo XX y en la actualidad.

No obstante lo señalado, hay que resaltar que el enunciado de la norma sobre una serie de casos resaltados de manera enfática para imponer respecto a ellos la obligación indemnizatoria, es revelador de unas situaciones con características que escapan al riesgo normal de las actividades humanas, pues alteran el comportamiento ordinario con el que se procede en las circunstancias que precisa la norma, sin carácter excluyente de otras situaciones similares. Ante esta evidencia de situaciones de riesgo particular que el legislador ha querido llamar la atención, mal podría pensarse que sigue en pie para estos casos, el principio de la responsabilidad por culpa, toda vez que exigen una mayor atención por las características del riesgo que involucran frente a las víctimas de los daños consiguientes.

Además, aún ubicando la norma en su contexto histórico original, se debe tener presente la concurrencia de unas consideraciones especiales<sup>44</sup> que determinan su distanciamiento de la regla general de la responsabilidad por culpa contemplada en el art. 2314 del CC. Con mayor razón, debe interpretarse la norma en un contexto diverso, como el actual, producto del avance de la ciencia y la tecnología que han transformado las circunstancias sociales y económicas, en el sentido

---

Corte Suprema de Chile, “Sentencia recaída en el caso Inversiones Rochet Hermanos Ltda., y otra con Refinería de Petróleo de Concón S.A., del 5 de enero de 2009. Causa Rol 2380-2008, N.º 41523”, 2009.

43 Toma posición el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de septiembre de 2000, Causa Rol 2159-1997, N.º 21059, recaído en el caso Barros Martín, María Susana con Viviendas Económicas B. Alto.

44 Se alude al “sentido todavía abierto” (Barría, “La presunción”, 299) que posee la norma al enunciar una serie de casos que consisten en actividades que presentan un nivel de riesgo por sobre lo normal.

de enmarcarse en lo que hoy se conoce como una sociedad de riesgos.<sup>45</sup> De ello se puede colegir que el supuesto de responsabilidad contenido en el art. 2329 del CC aspira a ubicarse en el terreno de la responsabilidad objetiva o al menos, en el tránsito hacia ella, por la vía de una presunción de culpa que puede en algunos casos, a criterio del juzgador, admitir la prueba en contrario, dependiendo de las características del riesgo y de la gravedad de sus consecuencias.

En cuanto a la posición de un sector de la jurisprudencia chilena sobre la existencia de una presunción general de culpa “por hecho propio”, cabe señalar que se explica toda vez que el razonamiento parte del examen de la conducta del causante del daño, tal como es el caso de la regla general de la responsabilidad por culpa, consagrada en el art. 2314 del CC, con la diferencia que por las características de las hipótesis que enuncia el art. 2329 del CC se admite en esta última la presencia de una presunción de culpa y, con ello, la inversión de la carga de la prueba de la culpa. Distinto es el razonamiento desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, en el que el criterio objetivo de imputación, que bien puede ser el riesgo de la actividad o del bien utilizado, no permite un examen de la conducta del agente del daño sino da lugar a una presunción de responsabilidad sobre el que operó el riesgo y donde no cabe aseverar que el daño tuvo lugar por el “hecho propio” manifestado en descuido, imprudencia o impericia, sino por el riesgo de la actividad desarrollada.

En suma, trátese de la aplicación de una presunción de culpa o de una presunción de responsabilidad por el riesgo del acto o actividad desplegada, la norma *subexamine* encuentra sentido para su aplicación en una época, la presente, que se caracteriza por la proliferación de los riesgos. Con este planteamiento, se intenta descartar una posición de disfavor para las víctimas de daños, como la de seguir sosteniendo la responsabilidad por culpa como una confirmación del principio general de responsabilidad, aún cuando un sector representativo de la doctrina chilena sostenga que el inciso 1.º del art. 2329 no impide una interpretación que conduzca a una reiteración del precepto del art. 2314 del CC<sup>46</sup>, norma que contiene la cláusula general de responsabilidad por culpa.

45 Cf. Ulrich Beck, *La sociología del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Paidós Ibérica, 1998). Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007).

46 Barrientos, “De la presunción”.

## Conclusiones

El derecho de la responsabilidad civil muestra una permanente transformación que incide en la parte dogmática, en cuanto a sus elementos estructurales, como en el caso del criterio de imputación de responsabilidad sobre el cual descansa la determinación del territorio de la responsabilidad subjetiva o de la responsabilidad objetiva. De allí la necesidad de examinar no solo su evolución, la que nos remonta a los avatares de su transformación a lo largo del siglo XX, sino su actual transformación conforme se desprende del estado de la jurisprudencia y de las propuestas normativas.

En cuanto concierne a las propuestas normativas de armonización del derecho de daños, el contexto europeo representa en efecto, un caso paradigmático de la necesidad de encontrar puntos de contacto que conduzcan a un referente suficientemente sólido y viable para la aplicación de la responsabilidad civil que inspire a diversos sistemas jurídicos. Sin embargo, esta labor es ardua debido, entre otros factores, a las grandes diferencias dogmáticas entre los sistemas jurídicos.

De otro lado, como es natural a la línea de desarrollo de los sistemas jurídicos latinoamericanos, estos suelen enfocar la mirada en los avances que se van logrando en el continente europeo, debido a las raíces europeas del derecho en Latinoamérica, sin que ello determine necesariamente una subordinación, aunque sí evidencia que los sistemas latinoamericanos comparten una misma matriz, unos valores de base del derecho civil que se canalizan y toman forma en cada sistema jurídico por el impulso de las exigencias sociales y económicas propias de cada país. Sin embargo, es necesario verificar si estas tendencias afloran del desarrollo jurisprudencial en el sistema jurídico de casa, como puede ser el derecho colombiano o el derecho peruano, para citar unos casos latinoamericanos específicos.

Desde la perspectiva del derecho comparado se ha podido verificar, partiendo del examen de las propuestas europeas en el campo del derecho de daños en el primer capítulo, que el recurso a la inversión de la carga de la prueba de la culpa en experiencias jurídicas latinoamericanas como la colombiana, la chilena y la peruana, tiene lugar con menor o mayor claridad de acuerdo al desarrollo propio en cada sistema jurídico. En este sentido, se puede apreciar que el tránsito hacia la responsabilidad objetiva por la vía de la técnica de las presunciones o inversión



de la carga de la prueba, constituye una realidad en la interpretación jurisprudencial latinoamericana que pone en evidencia cómo bajo la invocación del criterio de imputación subjetivo, al momento de descargar la culpabilidad, se puede llegar a soluciones que traducen en la realidad una responsabilidad objetiva a pesar del formato subjetivista que las reviste.

El estudio de las experiencias de armonización del derecho europeo de daños permite afirmar que representan una síntesis de la necesidad de innovar en un instituto clásico del derecho privado como el de la responsabilidad civil, donde a su vez se acoge una tendencia a distanciarse del esquema tradicional de la responsabilidad basado en una clásica división de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, pensada más bien como estamentos estáticos y que responden a un periodo decimonónico, en la actualidad superado por los grandes acontecimientos que impactan el siglo XX, como producto del desarrollo científico y tecnológico así como la necesidad del reconocimiento de nuevos intereses para una adecuada protección de los individuos en la sociedad.

La evolución de la responsabilidad civil a través de su tránsito por épocas diversas ha mostrado, contrario al pasado, un acercamiento de dos estamentos, la fortaleza de la culpa y la responsabilidad objetiva, de manera que es posible identificar entre ambos una pluralidad de supuestos de responsabilidad que se distinguen en el grado de su objetividad, con una marcada tendencia hacia la frontera de la responsabilidad objetiva, lo cual torna difícil afirmar que un determinado supuesto de responsabilidad por culpa sea calificado como tal desde una perspectiva tradicional o purista, si se tienen en cuenta aquellos casos de inversión de la carga de la prueba de la culpa y una valoración cada vez más objetiva de este criterio de imputación, lo que termina por aproximar los extremos con predominio de una responsabilidad objetiva.

Sin duda, el examen de las nuevas propuestas de armonización en materia de la responsabilidad civil mantiene atento al estudioso en el campo del derecho privado debido al surgimiento de nuevas propuestas normativas, especialmente el de los Principios de Derecho Europeo de daños (PETL) e, indiscutiblemente, de las reformas en el plano legislativo como los nuevos códigos civiles y las nuevas leyes de responsabilidad civil, este último es el caso de la “Ley sobre la responsabilidad por ilícito civil de la República Popular China” de 2009 que expresa la tendencia a contemplar normas de base o de principio para regular el campo de la

responsabilidad civil y en el reciente Código Civil argentino de 2014 que contempla una disciplina general para la responsabilidad contractual y extracontractual.

El estudio de las reformas en el campo de la responsabilidad civil, ya sea en el plano europeo a través de las propuestas institucionales y doctrinarias y cuya influencia es innegable para los sistemas latinoamericanos, como en el plano latinoamericano, permite al operador del derecho, doctrinantes, jueces o abogados, disponer de una herramienta que permita la reflexión sobre los temas de la responsabilidad del propio sistema jurídico, a fin de poder identificar y explicar en este las orientaciones jurisprudenciales, en especial, como ha sido objeto de análisis en los dos capítulos dedicados al examen de un acercamiento o distanciamiento de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, el cual se considera uno de los pilares sobre los que se estructura el derecho de daños y que permite organizar sistemáticamente los correspondientes supuestos de responsabilidad.

Como manifiesta Ricardo De Ángel Yagüez, “el objetivo europeísta está pasando por una cierta crisis, sobre todo desde el fracaso de la propuesta Constitución Europea, pero en el terreno del derecho civil persisten los propósitos de llegar a ese código europeo [...]”.<sup>47</sup>

Los mecanismos sustantivos y procesales de objetivación de la responsabilidad civil han determinado un acercamiento del sistema de la responsabilidad subjetiva con la responsabilidad objetiva en diversos sistemas jurídicos de matriz romano germánica y este fenómeno no está exento de críticas y argumentos a favor, los cuales, si bien enriquecen el debate académico, no han detenido la tendencia hacia la objetivación, especialmente en el plano jurisprudencial, y por el contrario, se reafirma en los recientes instrumentos de armonización del derecho europeo, los que constituyen un testimonio valioso y revelador de la realidad y viabilidad de dicha tendencia.

Si bien la objetivación de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad puede considerarse un mecanismo que ha facilitado el camino hacia la objetivación de la responsabilidad civil, se puede apreciar que jurisprudencialmente ha sido un mecanismo de naturaleza procesal la inversión de la carga de la prueba de la culpa, aquel que ha permitido echar raíces a una nueva fisonomía del

47 Ricardo De Ángel Yagüez, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración”, (*Boletín JADO, Bilbao: Academia Vasca de Derecho* XIII, 26, 2014), 22.

instituto de la responsabilidad en contraste al esquema tradicional de la necesidad de la prueba de la culpa a los fines de la imputación de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el referido proceso de objetivación, especialmente a través de la inversión de la carga de la prueba que tiene como desenlace una presunción de culpa sobre el agente causante del daño, en algunos casos se presenta de modo sostenido, como lo muestra la experiencia española en una primera etapa de la evolución jurisprudencial, en otros, en cambio, tiene vaivenes o intermitencias, en el sentido de aplicarse la presunción de culpa en determinados casos, sin existir argumentos que especifiquen las circunstancias para su aplicabilidad, como se observa en la experiencia peruana anterior al Código Civil de 1984 o en la experiencia colombiana cuando se está frente a situaciones en que la víctima se encuentra en dificultad para probar la culpa a los fines de la imputación de la responsabilidad.

En una etapa posterior de la evolución jurisprudencial española por ejemplo, destaca un matiz en la implementación de la inversión de la carga de la prueba en el sentido de especificar la circunstancia que determina su aplicación, la que se determina jurisprudencialmente en función del carácter extraordinario o anormal del riesgo, daños desproporcionados o para los casos de falta de colaboración del causante del daño cuando este se halla obligado por las circunstancias profesionales o de otra naturaleza a prestar su colaboración para evitar el daño.<sup>48</sup> De esa manera, la referida orientación jurisprudencial española, siempre en el camino de la objetivación de la responsabilidad, se encuentra en consonancia con la propuesta de los PETL para la armonización del derecho europeo de daños.

Se concluye que es indiscutible que las propuestas de armonización del derecho europeo representan un referente valioso para el examen del derecho privado en general, y en especial, por ser el interés de los capítulos del presente libro, para el análisis y explicación de las orientaciones que toma el sistema de la responsabilidad civil en los países de Latinoamérica en un momento histórico determinado y su proyección a futuro de acuerdo a las características propias de cada sistema jurídico.

48 Miquel Martín-Casals, "La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual", (Presentación en las Jornadas de 2011 de la Asociación de profesores de Derecho Civil, 2011, [www.drechocivil.net/esp/ponencias.php](http://www.drechocivil.net/esp/ponencias.php)), 54.

Por su parte, se puede afirmar que en el estado actual del proceso de acercamiento o distancia de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva, el camino en los sistemas latinoamericanos es lento y respetuoso de la responsabilidad subjetiva, aún cuando se recurra en algunos casos a soluciones procesales como las presunciones. En esta línea se mantiene el derecho colombiano, cuya jurisprudencia, si bien destaca el carácter riesgoso o peligroso, ínsito en las hipótesis enunciadas en el art. 2356 del CC., ha mostrado resistencia frente a la adopción de una posición de la responsabilidad civil fundada en el riesgo y, más bien, ha optado por permanecer anclada en los fundamentos de la culpa con una inversión de la carga de la prueba. No se ha dado una ruptura jurisprudencial y menos aún de corte legislativo frente a los daños derivados de actividades riesgosas, como en cambio sí se observa con claridad este paso adelante que dio el legislador peruano a partir del Código Civil de 1984, aunque anteriormente la jurisprudencia supo sortear las dificultades probatorias de las víctimas con el recurso a las presunciones de culpa, tanto de carácter irrefragable unas veces, como con posibilidad liberatoria con la prueba de la ausencia de culpa las otras.

En el caso del sistema jurídico de Chile, se conserva la línea subjetivista de la responsabilidad y se desprende la existencia de dificultades para la adopción de una presunción de culpa para los casos de actividades riesgosas.

El camino en el terreno de la responsabilidad revela, con especial consideración de las experiencias latinoamericanas objeto de examen, que el tránsito a una responsabilidad objetiva tiene lugar de manera progresiva y enfática respecto a la aplicación del supuesto de responsabilidad que ha dispuesto el legislador para los actos o actividades riesgosas. Dicho tránsito encuentra su punto de partida en la aplicación creativa y necesaria de la jurisprudencia a la luz del propio supuesto de responsabilidad por culpa o cláusula general de responsabilidad ante la ausencia de una norma específica que contenga los presupuestos necesarios para establecer la autonomía de la responsabilidad por riesgo, como lo muestra el caso peruano con la interpretación de la legislación que precedió al Código Civil de 1984, puesto que en este último cuerpo legal ya se consagra un explícito supuesto de responsabilidad objetiva por riesgo. En los casos de Colombia y Chile, el pasaje de una responsabilidad subjetiva a una responsabilidad objetiva se produce a partir de la interpretación del supuesto de la responsabilidad por riesgo contemplado en una norma cuya fórmula legislativa oscila entre la noción de culpa y unas

situaciones especiales que se enuncian en la propia norma y que encierran una noción de riesgo o peligro.

En todo caso, el estado actual de las experiencias examinadas permite concluir que el derecho de la responsabilidad civil, sin perjuicio de la vigencia del principio de la responsabilidad por culpa, tiene un amplio camino por recorrer para la solución de problemas que presuponen un nivel de riesgo, de variada graduación, pero existente debido al natural despliegue y desarrollo de la ciencia y la tecnología, ante lo cual, no puede negarse el incremento de situaciones de daños y el consiguiente planteamiento del problema indemnizatorio que deben afrontar las víctimas.



## LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ITALIA\*

Giovanni Comandé

Con la colaboración de Stefano Covino y Gaia Fiorinelli

### Lineamientos generales de la distinción entre responsabilidad por culpa y sin culpa

El sistema italiano de la responsabilidad civil, como se indica por las normas del Código Civil (CC) de 1942, se basa en la presencia de una regla general de responsabilidad implícita en el art. 2043 del CC, cuyo alcance operativo se extiende a cualquier hecho doloso o culposo que causa en otros un daño injusto, e hipótesis especiales, previstas en los artículos 2047-2054 del CC y normas sectoriales.<sup>1</sup> El fundamento de la distinción entre las dos categorías se puede comprobar en los diferentes criterios para la atribución de responsabilidad que subyace a las normas pertinentes y, en particular, por el contraste entre un caso particular, el general, que supone que la obligación de pagar una compensación requiere al menos inevitablemente culpa del agente e hipótesis normativas especiales, en el ámbito

\* El presente capítulo ha contado con la colaboración de Stefano Covino y Gaia Fiorinelli, alumnos ordinarios de la Scuola Superiore di Perfezionamento S. Anna, Pisa.

<sup>1</sup> Para un marco sistemático del ilícito civil, cf. Francesco Donato Busnelli, "Illecito civile", (En *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XV, 25-50. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991).

de las cuales el criterio de imputación no es más directamente la culpa. Más precisamente, la regla del art. 2043 del CC, aplicable en vía subsidiaria a todos los daños derivados de hechos que no están regulados en una disposición especial de la ley, asume el principio de culpabilidad como criterio de imputación mínimo, pero necesario, por lo que va a fundar una hipótesis general de la responsabilidad de carácter subjetivo.<sup>2</sup> Junto a esta regla, sin embargo, es bueno recordar que en el sistema italiano de la responsabilidad civil se da una pluralidad de hipótesis normativas especiales, en las cuales los criterios de imputación reposan sobre la autenticidad de los índices objetivamente detectables, mientras que la valoración de la conducta del sujeto al que se tiene la intención de imputar el daño no se toma en cuenta como base de la responsabilidad, sino el límite, como una razón para excluirla. El *sistema* de responsabilidad civil, de hecho, de cara al crecimiento de las ocasiones del daño, relacionadas con el desarrollo de la sociedad industrial, ha tenido que adaptarse a los criterios de asignación adicionales, que corresponde esencialmente a la función *in primis* reparadora del resarcimiento del daño. En este grupo de caso especial, a veces se puede encontrar alguna prueba de liberación, el suministro del agente para demostrar su responsabilidad no penal; posibilidad que, por el contrario, no se da, de encontrar en esas hipótesis que se atribuyen a la categoría de responsabilidad puramente objetiva y que, por tanto, representa el punto de máxima distancia con respecto al criterio subjetivo de imputación del daño.<sup>3</sup>

Ante tal complejidad, la doctrina italiana ha intentado de diversas maneras “reducir el sistema” de los criterios de asignación establecidos en los artículos 2043 y siguientes. Sin embargo, la propia superación de la recordada máxima “no hay responsabilidad sin culpa”, ha traído de pronto algunas interpretaciones para pensar que en el código de 1942 se ha configurado en el ordenamiento italiano un sistema binario, basado en la coexistencia de dos reglas generales, respectivamente de la responsabilidad “*per colpa*” y responsabilidad “*senza colpa*”.<sup>4</sup>

2 Ibid., 3.

3 Para un análisis, incluso en perspectiva histórica y comparativa, de los criterios de asignación de responsabilidad civil, cf., Guido Smorto, “El criterio para la atribución de la responsabilidad. La culpa y la responsabilidad objetiva en derecho civil y derecho común”, (Europa y dir. priv., 2, 2008), 425 y ss.

4 Este es el ajuste respaldado por Pietro Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, (Milán: Giuffrè, 1961). Sobre el punto, también, cf., Guido Alpa, “Responsabilità oggettiva”, (*Contratto e Impresa*, 3, 2005), 959 y ss. y en parte



•Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia•

Si todavía tal contraposición es evidente en la medida que se limita a un análisis meramente *descriptivo* de la norma codificada, al contrario en una óptica *constructiva* no faltan las tentativas de buscar la unidad de las dos categorías. Al respecto, se ha sostenido que la presencia de una multiplicidad de supuestos de ilícitos no basados en la culpa no permite la abstracción de una regla general de responsabilidad objetiva, que no se caracteriza solo *in negativo* por la ausencia de un criterio subjetivo de imputaciones.<sup>5</sup>

Para recorrer brevemente las etapas de tal evolución hay que recordar que ya en las primeras décadas posteriores a la entrada en vigor del Código Civil de 1942 se había consolidado una concepción de responsabilidad civil<sup>6</sup>, en virtud de la cual todo tipo de ilícitos se pueden remontar al principio de imputación culposa<sup>7</sup>, o en su aplicación directa, como en el caso de la regla general en el art. 2043 del CC, o como una excepción con respecto a este último.<sup>8</sup> Esta concepción, que agrava el papel de la culpa como único criterio de imputación del daño<sup>9</sup>, está de pronto en crisis, tras la proliferación del Código Civil de la teoría de la responsabilidad que prescinde en todo o en parte de la afirmación de la culpa del sujeto

---

960, que establece que es "acreditado por el sistema *binario*, basado en la bifurcación *responsabilidad por culpa/ responsabilidad objetiva*" (cursivas en el original).

5 Este enfoque es esencialmente atribuible a Busnelli, "Illecito civile", 4 y ss.

6 Para una reconstrucción del concepto de responsabilidad civil tradicional, basada en la "función de la sanción de la responsabilidad, tradicionalmente llamada extracontractual o aquiliana y sobre el monopolio de la culpa como una fuente de esta responsabilidad", cf., Lina Bigliazzi Geri y otros, "Obbligazioni e contratti", (En *Derecho Civil III*, Turin: UTET, 1989), 673; Busnelli, "Illecito civile", 3 y ss; Angelo Luminoso, "Sobre la responsabilidad contractual y extracontractual de la empresa", (*Contratto e Impresa*, 4-5, 2007), 917 y ss. "Se sabe que se leyeron las normas relativas a la responsabilidad civil dictadas por el código 1942 en los primeros años de aplicación al pasar de la idea de la compensación del daño como sanción por un delito, sobre la base de una concepción que conducía a identificar en la culpa el principio general de la responsabilidad".

7 Emblemático es sobre el informe preliminar del Código, "la base de la responsabilidad sigue siendo culpa del agente". Cf., El informe preliminar del Código Civil, 24.

8 Las circunstancias excepcionales, sin embargo, fueron a su vez reducirse a la lógica unitaria del sistema a través de expedientes interpretativos, tales como la identificación de las presunciones de fallo (simbólicamente, en los casos de responsabilidad indirecta) o prueba de hipótesis reversión. Cf., Bigliazzi, "Obbligazioni e contratti", 684; y, Trimarchi, "Voce Illecito", 90 y ss, según el cual "una cierta doctrina jurídica, dominante durante mucho tiempo, trató de llevar todas estas reglas al principio de 'ninguna responsabilidad sin culpa', incluyendo el uso de ficciones, tales como la presunción de culpabilidad, o artificio verbal para definir de manera diferente, y a veces absurda, el concepto de 'culpa'".

9 De acuerdo con una concepción trasladada y no corrompida por la traducción jurídica de raíz romanista vigente hasta nuestros días, el principio de la culpa puede ser considerado como "el único criterio de imputación moral del derecho". Así, Smorto, "Il criterio", 424.

a quien se le imputa el daño y que se atribuyen los hechos de responsabilidad ya previstos en el código que *prima facie* prescinden de la culpa.<sup>10</sup>

En términos muy generales, se puede decir que estas hipótesis especiales formaron la respuesta del ordenamiento y un nuevo contexto social y económico en el que el desarrollo tecnológico e industrial, la proliferación de la actividad peligrosa y una renovada sensibilidad a los valores fundamentales de la persona humana constitucionalmente protegidas han requerido el desarrollo de regímenes de responsabilidad más cuidadosos sobre la situación jurídica del dañado, de la valoración de la conducta negligente del autor del daño.<sup>11</sup> Por otra parte, en paralelo con la extensión de las medidas legislativas de la responsabilidad sin culpa a partir de los años sesenta, la doctrina y la jurisprudencia han manifestado un renovado interés por la hipótesis de la responsabilidad objetiva, sobre cuya autónoma colocación dentro del sistema del ilícito civil ya se discute con más conciencia. Están juntos para reafirmar la configuración de un sistema *binario*, fundado solo en un único criterio de imputación, pero sobre la comprensión de dos reglas generales, aquella del art. 2043 del CC, y aquella de los diversos hechos de responsabilidad sin culpa.

Una vez establecidas estas premisas, los esfuerzos de los intérpretes se mueven en la dirección de reconstruir la regla que establece la responsabilidad no culposa de bases autónomas, de tal manera que este último no fue ya definido en términos puramente negativos, mediante la referencia a exclusión de la culpabilidad, sino en términos positivos, ya que se basa en su propio principio agregador.<sup>12</sup>

10 La referencia es principalmente al análisis orgánico de Stefano Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, (Milan: Giuffrè, 1964), esp. 89 ss. y 107 y sigs. Ver también, Luminoso, "Sobre la responsabilidad", 918: "La línea reconstructiva —basada en el principio 'no hay responsabilidad sin culpa'—, después de algún tiempo ha demostrado, sin embargo, en desacuerdo no solo con la redacción de las normas del código, sino también con la tendencia generalizada en la experiencia moderna, reconocer la existencia de la teoría de la responsabilidad no basada en la culpa".

11 Sobre este punto ver Guido Belli, "La responsabilità oggettiva", *La responsabilità civile*, 5, (2011), 373 y ss. y en parte 373: "este declive de la responsabilidad por culpa, en favor de un amplio surgimiento de la responsabilidad objetiva, está ligada principalmente al carácter de la sociedad industrial moderna, donde las máquinas y plantas han aumentado considerablemente las posibilidades de lesión. El problema generado por el aumento de la exposición al peligro de personas y mercancías ha llevado a la aparición, junto a una general 'responsabilidad de llevar a cabo' una 'ocurrencia de' responsabilidad, que parece encontrar en la antigua regla germánica de '*wer Schaden tut, muß Schaden bessern*' ('quien hace daño, él debe compensar'), su fuente de inspiración".

12 Cf., Luminoso, "Sobre la responsabilidad", 918-919: "En una parte de la doctrina ganó la idea de que las normas que rigen la responsabilidad civil pueden ser reconstruidas de acuerdo con un patrón 'bipolar' (o 'doble vía'), que se caracteriza por la coexistencia de dos principios: el de la culpa y la de la responsabilidad objetiva. También identifica

Sin embargo, el punto sobre los resultados obtenidos en la doctrina era numeroso y no siempre totalmente satisfactorio. *Genérica y puramente descriptiva*<sup>13</sup> ha sido considerada, por ejemplo, la referencia al criterio de riesgo, expresada a través de la evocación de la máxima latina *cuius commoda eius et incommoda*, considerada como la expresión de un principio general según el cual los que llevan a cabo actividades que impliquen un riesgo necesario, deben en cada caso responder del eventual daño.<sup>14</sup>

Del mismo modo, no son del todo convincentes los resultados alcanzados por quienes han decidido fundar la responsabilidad sin culpa al asumir ya no un riesgo genérico, sino una especificación en el *riesgo de empresa*.<sup>15</sup> En este sentido, si de un lado se ha subrayado como gran parte de las normas del código que fundan hipótesis de responsabilidad objetiva (en particular los artículos 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 y 2054, numeral 4) pueden estar adscritas a un subsistema autónomo<sup>16</sup>, en cuyo ámbito la obligación de reparar los daños parece basarse, en última instancia, en el desarrollo en forma de empresa de una actividad riesgosa, de otro lado ha sido fácil objetar cómo dichas disposiciones imputen la responsabilidad aún fuera de una actividad empresarial.<sup>17</sup> Ha parecido claro entonces cómo el criterio del riesgo de empresa pueda revelarse idóneo para reunir todos los casos de responsabilidad sin culpa vigentes en el ordenamiento. Es así que se ha tratado de recuperar sobre diferentes bases la unidad del sistema de la responsabilidad civil. Por tanto, se ha argumentado cómo, frente a un mismo

---

el principio unificador de disposiciones de responsabilidad objetiva "[...] ese principio capaz de fundar una categoría general y unificada de la responsabilidad objetiva".

13 Cf., Luminoso, "Sobre la responsabilidad", 919; Busnelli, "Illecito civile", 4: "en última instancia el llamado criterio del resgo se revela insuficiente: [...] si se reduce a mero riesgo, pierde en intensidad lo que gana en extensión, hasta que se reduzca a un esquema meramente descriptivo".

14 Esta es la reconstrucción que ofrece, por ejemplo, Marco Comporti, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. (Nápoles: Ediciones políticas italianas, 1965).

15 Para ver esta interpretación correctiva, en particular, Trimarchi, "*Rischio*", *passim*.

16 Se alude a la distinción propuesta por Trimarchi, "*Rischio*", 43 ss, entre "actividades económicas organizadas" y "actividad biológica".

17 Cf., Busnelli, "*Illecito civile*", 4: "el llamado criterio del riesgo [...] si se entiende como 'riesgo empresarial' no es apropiado agregar todos los supuestos de responsabilidad cd. objetivo de nuestro sistema legal". Ver también Alpa, "Responsabilità", 961: "El riesgo de empresa ofrece la justificación económica más convincente, a pesar de que no se aplica a todos los casos de responsabilidad objetiva, en cuanto quedarían fuera de esta área los tipos de responsabilidades en que el sujeto dañante no es un empresario".

dato constante, el hecho dañoso correspondería a una pluralidad de criterios de imputación diversos, entre los cuales cabe enunciar la culpa, el riesgo, la relación de dependencia, la existencia de un derecho real o la disponibilidad de un bien, el ejercicio de una actividad.<sup>18</sup> Si tal reconstrucción tiene la virtud de separarse de la referencia *dogmática* y carente de una correspondencia normativa y ubicarse en el elemento del riesgo, sin embargo, adolece del defecto de querer asimilar por la fuerza con un mismo módulo de funcionamiento diferentes criterios que no son inmediatamente fungibles.<sup>19</sup>

Por el contrario, una reconstrucción más completa del sistema solo es posible abordando el problema a través de un enfoque más cercano al dato normativo y libre de condicionamientos de orden meramente dogmático. En esta óptica, es evidente que los casos de responsabilidad objetiva no se pueden leer sino en términos puramente negativos, ya que se caracterizan por la exclusión de la culpa como el criterio de imputación del acto ilegal. Se ha llegado entonces a un sistema compuesto en el cual, el principio general de responsabilidad por culpa se ubica al lado de los regímenes especiales reales, sectorial (y no excepcional), en relación al cual la declaración de responsabilidad está vinculada al establecimiento de índices objetivos que se rigen de forma independiente por cada estándar.<sup>20</sup> En este nuevo contexto, que era entre otras cosas posible redefinir el papel de la culpa por el sistema de responsabilidad civil<sup>21</sup>, de hecho, puede ser considerado no como un criterio de imputación para unificar todo el tema de la responsabilidad civil, sino como el fundamento de la regla general del art. 2043 del CC y como criterio de corrección en la teoría especial de la responsabilidad. Con relación a ello, de hecho, salvo en el caso de los supuestos de responsabilidad puramente objetiva, la evaluación de la conducta de la persona responsable podrá, en el límite, ser objeto de una prueba liberatoria dirigida no a la afirmación, pero sí a

18 Esta es la reconstrucción ofrecida por Rodotà, “Il problema”, *passim*.

19 Cf., Busnelli, “Illecito civile”, 5.

20 Ibid., 5 y ss. A diferentes criterios tales ajustes para la imputación, sin embargo, proporciona una mejor configuración de las funciones de responsabilidad que si, de hecho, en la hipótesis sectorial tiene una función esencialmente compensatoria, en la regla general del artículo 2043 del CC tiene una función compleja, que combina para reparar un componente pena y un componente preventivo.

21 Ibid., 5: “el principio de responsabilidad por culpa, liberado de la tarea de actuar como el único criterio para la atribución de la responsabilidad, volvió a sus características y a su propósito particular”.

• Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia •

la exclusión de la responsabilidad. De hecho, no se puede ignorar que solo una nueva prominencia del art. 2043 del CC, a diferencia de su lectura en términos de una norma secundaria, haya permitido la extensión de las “fronteras” de funcionamiento de dicha regla, con la consiguiente expansión del completo sistema de la responsabilidad extracontractual, con referencia especial a las categorías del daño injusto y a la pérdida resarcible.<sup>22</sup>

En conclusión, se debe dar cuenta de cómo las últimas directrices legislativas, doctrinales y jurisprudenciales parecen tender hacia una nueva concepción de la relación entre los criterios subjetivos y objetivos para la imputación del ilícito civil. Si, en realidad, los primeros han constituido tradicionalmente las “bisagras reales de la responsabilidad civil”, por el contrario, las áreas de responsabilidad sin culpa dieron “la impresión de ser marginales, laterales, complementarias al sistema fundado en la culpa”<sup>23</sup>, actualmente, la relación entre la regla y la excepción parece haberse invertido.<sup>24</sup> La expansión de las hipótesis legislativamente codificadas de la responsabilidad objetiva, el desprendimiento de aquellas derivadas del código de los rezagos del enfoque tradicional, así como una tendencia a objetivar incluso los principios de imputación culposa, parecen restituir al intérprete un cuadro en el cual la culpa pudiera ser relegada a un papel marginal, aunque se mantiene en el centro del sistema.<sup>25</sup>

22 La referencia es a Francesco Galgano, “Le mobili frontiere del danno ingiusto”, (*Contratto e Impresa*, 1985), 159 ff. Francesco Donato Busnelli, “Le nuove frontiere della responsabilità civile”, (*Rivista Critica di diritto privato*, 1988), 469 ff. Mario Libertini, “Le nuove frontiere del danno risarcibile”, (*Contratto e Impresa*, 1989), 85 y ss; Carlo Castronovo, “Le Nobile frontiere della responsabilità civile”, (*Rivista Critica di diritto privato*, 1989), 539 ff. Por otra parte, aguas abajo del debate sobre la sistematización de los criterios de atribución de la responsabilidad en la ley italiana, hay una serie de contribuciones fundamentales que pueden ubicarse alrededor del nivel actual de la regla al artículo 2043 del CC y, más en general, del recurso de daños, entre los que se puede recordar, Giulio Ponzanelli, *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*, (Bologna: Il Mulino, 1992), y Giovanni Comandé, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, (Turín: Giappichelli, 1999); Massimo Paradiso y, más concretamente, *Il danno alla persona*. (Milán: Giuffrè, 1981); Cesare Salvi, *La responsabilità civile*, (Milán: Giuffrè, 1998); Mario Barcelona, *Il danno non patrimoniale*, (Milán: Giuffrè, 2008); Renato Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, (Turín: Giappichelli, 2010).

23 Alpa, “La responsabilità”, 960.

24 “En una inspección más de cerca las excepciones a la regla son tal y tal, mientras pasaba la misma relación entre la regla y la excepción: en la actualidad, de hecho, parece ser la más extensa área de la responsabilidad objetiva, de lo que es el de la responsabilidad por fraude o negligencia”. Belli, “La responsabilità”, 373.

25 Sobre este punto ver, Carlo Castronovo, “Sentieri di responsabilità civile europea”, (*Europa y dir. priv.* 4, 2008), 787 y ss. y en parte. 808: “fuentes europeas en el objetivo de la política legislativa es, básicamente, la protección del consumidor, en el campo de la responsabilidad identificado en la necesidad de ampliar el área de responsabilidad

Si estas son las premisas, los objetivos de la investigación serán investigar los méritos de esta tendencia en relación con la nueva legislación, doctrinal y jurisprudencial de responsabilidad en Italia, y más tarde para contextualizar los aterrizajes de la indagación sobre proyectos de armonización europea de la materia.

## **Las tendencias actuales de la responsabilidad por culpa en Italia entre legislación, doctrina y jurisprudencia**

### *La imputación culposa: entre la teoría psicológica y la teoría normativa*

Antes de proceder con el análisis de las tendencias en tema de imputación culposa, parece apropiado realizar un breve marco del instituto de la culpa en términos generales. Como es sabido, el art. 2043 del CC describe un supuesto de estructura compleja en el presente caso, a cuya formación contribuyen elementos heterogéneos, tanto objetivos como subjetivos en la naturaleza. En particular, el elemento subjetivo de responsabilidad civil está constituido por el dolo o por la culpa, que se determinan en cabeza del sujeto agente en una lógica de equivalencia entre los dos coeficientes en orden a las consecuencias resarcitorias del daño. El Código Civil no proporciona una definición independiente del dolo y la culpa, y más bien reenvía a las nociones que se deducen de las reglas de la parte general del Código Penal, especialmente el art. 43 del Código Penal, que define la culpa como la falta de deseo de dañar, un evento que, sin embargo, se produce “por negligencia o falta de cuidado o falta de experiencia, o por no cumplir con las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas”. En términos generales, la culpa consiste en la violación tanto de una norma de diligencia, que postula positivamente la obligación general de mantener un comportamiento cuidadoso hacia otro ámbito jurídico, cuanto de una regla de prudencia, que en cambio, en negativo prohíbe acciones arriesgadas o impone medidas de precaución para evitar el daño, también en cuanto a una regla de pericia, lo que requiere la posesión de habilidades

---

a favor de ella. Esta tendencia, en los criterios de tierra para la imputación de los resultados en el tendencial *desacoplamiento desde el principio de culpabilidad* que ha caracterizado a cada momento del cambio gradual de la responsabilidad a la parte lesionada” (énfasis añadido).

especiales o conocimientos técnicos para llevar a cabo ciertas actividades.<sup>26</sup> Se produce “como consecuencia de la negligencia o imprudencia o impericia, o por no cumplir con las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas”. Dicho en otros términos, el fundamento de la imputación consiste en la diferencia entre la conducta del sujeto que actúa y la de un modelo diligente, prudente o experto prescrito por las normas de precaución, generales o específicas, codificadas o no codificadas, cuyo objetivo final es prevenir la aparición de un daño. A la luz de estas consideraciones, es evidente la necesidad de identificar un parámetro en virtud del cual reconstruir el comportamiento que el agente mantuvo bajo la regla de supervisión. Ahora bien, sin ninguna pretensión de exhaustividad, se puede decir que sobre el punto se enfrentan en la doctrina y la jurisprudencia dos concepciones. De acuerdo con la teoría llamada culpabilidad *subjetiva o psicológica*, el juicio de adscripción del hecho dañoso al supuesto responsable no debe prescindir de la indagación de la relación subjetiva con el hecho mismo, lo que ha de valorarse en relación al caso concreto y a las características subjetivas del agente individualmente considerado. En contraste, de acuerdo con la teoría llamada objetiva o normativa de la culpa, el principio rector de la imputación culposa debe hacerse constar en la unidad del “criterio que mide la culpa”, que se determina teniendo en cuenta el comportamiento normal y el cuidado del hombre común y corriente, y que es “el buen padre de familia”.<sup>27</sup> En otras palabras, de acuerdo con esta concepción, el comportamiento del agente debe evaluarse en relación no ya con lo que se habría podido esperar del mismo agente, considerado individualmente, sino a lo que se habría esperado del hombre promedio en las mismas circunstancias de hecho en las que se produjo el daño.

Ahora bien, en la reconstrucción de la doctrina y la jurisprudencia de los estándares de evaluación de la culpa, es absolutamente dominante la concepción objetiva de la imputación culpable.<sup>28</sup> Esta preferencia ha estado plagada de efectos importantes sobre el nivel de aplicación: de hecho, ha dado lugar a una clara

26 Para tal reconstrucción de los fundamentos de la imputación culposa, ver también para las referencias bibliográficas oportunas, Valentina Lo Voi, “La responsabilità professionale del medico tra contratto e torto: spunti comparatistici”, (*Responsabilità civile e previdenza* 3, 2016), 1053 ss. y en parte 1063 ss.

27 Informe preliminar del Código Civil, 25.

28 Cf., Bigliazzi, “Obbligazioni”, 1187 y siguientes, y en parte. 1225: “En la normatividad contemporánea prevalece la concepción que deduce la culpa, no de un juicio de reproche subjetivo del comportamiento (es decir, del examen psicológico de la actitud del agente y de sus dotes personales de inteligencia y prudencia), sino de la relación entre

tendencia a *objetivar* la evaluación de la conducta del agente, a través de la referencia a los criterios de comportamiento que, como se puede deducir a partir de un criterio hipotético de la normalidad, prescindir de todo o parte de la consideración de las características y circunstancias de cada caso, subjetivas del agente. Al hacerlo, sin embargo, la responsabilidad por culpa corría el riesgo de asumir una connotación de marcada abstracción, hasta el punto de que parte de la doctrina de asimilarla a “una especie de responsabilidad objetiva camuflada”.<sup>29</sup> Ante esta tendencia, se entienden fácilmente los intentos realizados por otra doctrina más atenta a la naturaleza *elástica y subjetiva* de la regla general art. 2043 del CC para aterrizar en una reconstrucción distinta de los estándares de evaluación de la culpa. En efecto, se ha destacado que, aunque se quiera rechazar la idea de que el reproche culpable implica una evaluación de la relación subjetiva del agente con el hecho dañoso, el juicio *normativo* de negligencia, descuido o falta de experiencia no puede ser privado de un momento vital de concretización.<sup>30</sup> Esto implica que la evaluación de la conducta del agente debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso, ya sea subjetiva u objetiva, con el fin de evaluar si un comportamiento respetuoso de la norma cautelar es exigible en concreto, o cuando, en otras palabras, la verificación del hecho dañoso fuera efectivamente previsible y evitable.

En esta misma óptica, sin embargo, a efectos de determinar los estándares de diligencia, parece que no es posible prescindir de una evaluación acerca de la actitud sostenida por la misma víctima, desde que en la práctica su ubicación y su posible actividad pueden ser un elemento importante para la definición de la regla de conducta del autor potencial del daño.<sup>31</sup> En términos generales, de

---

el comportamiento dañoso y aquél requerido por el ordenamiento en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar lesionar intereses de terceros.”.

29 Cf., Bigliuzzi, “Obbligazioni”, 702-703. Para el reconocimiento de esta tendencia de objetivación de la culpabilidad en los casos penales, ver también, Carlo Brusco, “Il principio di colpevolezza, la responsabilità oggettiva e la natura normativa della colpa”, (*Danno e responsabilità*, 8-9, 2015), 781 y ss.

30 Cf., Bigliuzzi, “Obbligazioni” 702. Véase también Mauro Bussani, “La responsabilità civile al tempo della crisi”, (*Rivista trimestrale di diritto di procedura civile* 2, 2015), 567 y ss. y en parte. 572. Según el autor, se requiere la adopción de una noción de culpa cuidando de datos personales y subjetivos tanto cuando la posición de la ‘débil’ merece una consideración primordial, como cuando el uso de un criterio objetivo para evaluar la conducta de los ‘fuertes’ terminaría innecesariamente restando esta última de cumplir, precisamente a causa de esta superioridad, debe considerarse impuesta a ella”.

31 El ejemplo paradigmático y cuanto más sugerente de la guía de la cabina: el comportamiento requerido para el conductor asume connotaciones diferentes en función de si estos interactúan con otro vehículo o con un peatón, y dependiendo de la actividad que estos sujetos tienen en este caso.



hecho, se ha señalado con razón<sup>32</sup> que la imputación por culpa no debe ser concebida en términos exclusivamente de “monólogo”, sino que también debe tener en cuenta aspectos “relacionales” e interactuantes ligados a la conducta de las partes involucradas, ya que el alcance real del deber de cuidado que se requiere depende en su mayor parte también de la interacción con la potencial víctima, respecto a cuya conducta es a veces necesario adaptar su comportamiento con el fin de prevenir la aparición de un daño. Sin embargo, si se concibe en términos relacionales, la imputación por culpa se ve enriquecida con unas connotaciones ulteriores: el principio de culpabilidad de hecho deja de ser un mero criterio para la atribución de responsabilidad, la conexión entre un acontecimiento adverso y su responsable, para surgir un verdadero y propio “criterio de definición contextual de los estándares de conducta”, en una óptica orientada a la “determinación del mejor nivel de prevención del daño”.<sup>33</sup>

Por último, cabe añadir que en la determinación del nivel de atención requerido por los estándares de diligencia requeridos al dañante potencial sea esencial recordar el art. 1176 del CC, el cual, regular el estándar de diligencia requerido al deudor en el cumplimiento de las propias obligaciones, se refiere no solo a la diligencia de un buen padre de familia, como un criterio de conducta del deudor ordinario llamado a cumplir una prestación de rutina, sino también a la diligencia requerida por la naturaleza de la actividad ejercida, criterio que se aplica cuando la prestación sea “inherente al ejercicio de una actividad profesional”. En efecto, en el sector fundamental de la responsabilidad profesional el legislador advierte que no solo es necesario elevar el nivel de cuidado que se requiere de una persona que se presume posee conocimientos técnicos específicos, sino también diseñar normas de valoración flexibles, que puedan adaptarse a las actividades que, si por un lado requieren de un conocimiento especializado, por otra parte, colocan al agente frente a unas dificultades bastante peculiares para ejecutar la prestación. En esta misma óptica debe leerse también la norma del art. fundamental 2236 del CC, que, a pesar de ser dictada en el marco del contrato de obra profesional, es considerada unánimemente aplicable al ilícito aquiliano cometido por el

32 Se alude a Fabrizio Caffaggi, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità civile*. (Padua: CEDAM, 1996); ver también la revisión de Giovanni Comandè, “Dalla compensazione alla prevenzione del danno: a proposito di un recente saggio”, (*Rivista di Diritto civile*, I, 1997), 933 y ss.

33 Caffaggi, “*Profili di relazionalità*”, 6.

profesional.<sup>34</sup> Dicha norma prevé que cuando el objeto de la obligación consiste en la solución de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad por el incumplimiento se limita a los casos de dolo o culpa grave, mientras que la responsabilidad no surge cuando el profesional haya incurrido en culpa leve, al no haber observado la diligencia propia de las personas de capacidad media.<sup>35</sup> Como ha observado atentamente la doctrina, la norma, lejos de contener un privilegio injustificado a favor del profesional, a quien se le exigiría un compromiso menor precisamente para los casos más complejos, sirve para garantizar que el juicio de la responsabilidad en el ámbito profesional se conduzca de manera estricta conforme a las especificidades de cada sector en el que se pone la obligación incumplida o el hecho ilícito que se ha consumado, por tanto, en una óptica de una necesaria personalización y concretización del reproche culposo.

Si estas son las premisas de las que se parte, el análisis de las tendencias recientes en términos de responsabilidad por culpa y responsabilidad profesional muestra que la realización sistemática de estos principios se ha visto comprometida en parte por algunas tendencias doctrinales y jurisprudenciales que, en nombre de las exigencias de la protección jurídica de la víctima, han reinterpretado el reproche culpable en una óptica marcadamente objetivada.

### *Las tendencias recientes en la responsabilidad profesional: el subsistema de la responsabilidad médica*

Señaladas las premisas, ahora se puede proceder con el examen de las tendencias actuales en el campo de la responsabilidad por culpa. En este sentido, es de señalar que una de las áreas más afectadas fue la de responsabilidad profesional, y en particular el subsistema de responsabilidad médica. En este contexto, en efecto

34 En la génesis y fundamento de esta regla, ver Francesco Maria Cirillo, "I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale", (Giustizia Civile, 6, 2005), 231-248; 231 y ss, y en parte 248: es otro "no es más que una explicación y un arte completo. 1176, párrafo 2 del Código Civil [...] la regla general es en el sentido de que el suministro del deber de cuidado especializado determina la responsabilidad por negligencia profesional, mientras que la atenuación de la responsabilidad únicamente a los casos de premeditación o negligencia grave se produce en presencia de una actuación particularmente difícil". Para la aplicabilidad del art. 2236 del CC, Aquilianos consulta "ilegal". Lo Voi, "La responsabilità", 1065, según el cual se aplica la regla por analogía. También "la responsabilidad extracontractual, utilizando la relación *eadem* de la identidad profesional de protección de contenido y rendimiento, independientemente de su calificación de la infracción". Véase también, de las referencias jurisprudenciales apropiadas, Massimo Franzoni, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*. (Turín: Giappichelli, 2016), 13 y ss.

35 Para una definición de los conceptos de culpa leve, benigna y negligencia grave culpa, ver Franzoni, "*Dalla colpa grave*", 9 y ss.

cabe destacar que en los últimos años se ha producido una serie de intervenciones normativas, así como de orientaciones doctrinarias y jurisprudenciales que han afectado el propio fundamento de la responsabilidad del médico o su naturaleza contractual o extracontractual, con consecuencias considerables respecto a la naturaleza y al alcance del reproche culposo dirigido al profesional. La evolución de la responsabilidad médica, sin embargo, es el ejemplo paradigmático de una tendencia más general para ampliar el área de compensación, a través del recurso a la utilización de expedientes cualificadores destinados, en última instancia, a simplificar la posición sustancial y procesal de la víctima. De hecho, son a menudo invocadas presunciones reales de culpabilidad, que, mediante su inspiración en los principios relativos a la asignación de la carga de la prueba, colocan en el dañante la carga de probar su diligencia y, de hecho, contribuyen a contaminar la disposición general del art. 2043 del CC con elementos que son propios de las hipótesis especiales de responsabilidad “agravada” con prueba liberatoria.

Siguiendo la línea de la responsabilidad del médico, se debe partir por señalar que por una expresa toma de posición del legislador ha sido remitida actualmente al sector del ilícito aquiliano. El art. 7 de la Ley 24 de 2017, llamada Gelli-Bianco, establece que, mientras que el centro de salud es responsable de las conductas intencionales o culposas del personal del cual se vale de acuerdo a los artículos 1218 y 1228 del CC, por tanto a título de responsabilidad contractual<sup>36</sup>, contrariamente el único operador de la profesión sanitaria responde “por sus acciones de acuerdo con el art. 2043 del CC, a menos que, por supuesto, haya actuado en el cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas con el paciente”. Es clara la intención del legislador de resolver las dudas de interpretación que se presentaron durante la vigencia del anterior decreto Balduzzi<sup>37</sup>, con-

36 Tal solución confirma una jurisprudencia ya consolidada en virtud de las cuales entre el centro de salud y el paciente transcurre una relación contractual atípica que califica como un contrato o el coste de la atención hospitalaria, que se perfeccionó como resultado de la aceptación del paciente. Ver, en el derecho, Cass. Civ., Sec. a., Julio 1 de 2002, n. 9556, seguido por Cass. Civ., Sec. III 13 de enero de 2005, n. 571 en daños y resp., 2005, 563. En la literatura, ver, “ex multis”, Marilena Gorgoni, “Corollari della contrattualizzazione della responsabilità nosocomiale e professionale medica”. (*Resp. civ. e prev.*, 4, 2008), 849; y, Renato Partisani “Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità”. (*La Responsabilità civile*, 12, 2007), 1028 y ss.

37 Se alude a la cd. Balduzzi decreto (Decreto Ley 158 de 2012, conv. con Ln 189 de 2012), cuyo art. 3 establece que “el operador de la profesión médica que la conducta de sus actividades se adhiere a las directrices y mejores prácticas acreditadas por la comunidad científica no responde a la negligencia criminal. En tales casos, se mantiene sujeta a la obligación prevista en el artículo 2043 del Código Civil. El juez, también en la determinación de la indemnización por daños, deberá tener debidamente en cuenta la conducta del primer período”. Para una clasificación de

forme al cual el art. 3 señala que “permanece en todo caso en pie la obligación prevista en el artículo 2043 del CC”, incluso en los casos en que la conducta de negligencia del médico no es penalmente punible. La formulación ambigua para el caso de la regla había alimentado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial que había enfrentado de un lado, una orientación fiel al dato literal de la disposición y la opción por la alternativa aquiliana<sup>38</sup>, y del otro una posición extrema<sup>39</sup> con el argumento de la irrelevancia sustancial de la norma. Había reiterado que la posición autorizada de la Corte de Casación de 1999 por la cual la responsabilidad del médico dependiente debe remitirse al género de la responsabilidad contractual por “contacto social”.<sup>40</sup> Esta última opción fue la predominante en el panorama doctrinal y jurisprudencial italianos<sup>41</sup>; dicha posición fue sugerida

---

las nuevas características introducidas con esta reforma, ver, “Ex multis”, Giovanni Comandé, “La reforma de las responsabilidades del cuidado de la salud en el cruce de la confirmación, la subversión, la confusión y la culpa ... ningún caso la ley”, (Riv. es. med. pierna. 1, 2016), 3 y ss.

38 Para esta opción, ver Luca Nocco, “La responsabilità civile canalizzata verso le aziende e i nuovi filtri per la proponibilità della domanda risarcitoria”, (en M. Lovo y Lucca Nocco, Lucca (a cura de), *La nuova responsabilità sanitaria*. Milán: Giuffrè). 32 y ss. Giovanna Visintini, “La colpa medica nella responsabilità civile”, (*Contratto e Impresa* 3, 2015), 530 y ss. y en parte. 532. Ver, en el derecho, Trib. Torino 26 de febrero de 2013, en Danno e responsabilità, 2013, p. 374 y s, que establece que “esto arroja a los vientos en la utilidad práctica del contacto social teórica y trae la Lite dentro de la responsabilidad civil”; ver también Trib. Enna, 18 de mayo de 2013, n. 252, en Daños y resp., 2014, 1, 74 Zorzi nota.

39 Cf., en la doctrina, Ranieri Domenici y Benedetta Guidi “Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione”, (Danno e responsabilità 4, 2014), 353 y ss, y en parte 354; Oriana Clarizia, “La responsabilità contrattuale del medico dipendente dopo la ‘riforma Balduzzi’: criterio letterale e ragioni costituzionali a confronto”, (*Nuove leggi civili commentate* 6, 2014), 1117 y ss, y en parte 1125 y ss; Barbara Grazzini, “Responsabilità dell’esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»”, (Corriere Giuridico, 10, 2013): 1235 ff. Ver., en el derecho, Cass. civ., Sec. VI, enviado 17 de abril de 2014 n. 8940, en Foro ella., 2014, Me, 1413 y ss, con notas de Constantino y Scarselli, que ‘el arte. 3, párrafo 1, In 189/2012, donde se omite explicar términos que se refieren al operador de la profesión médica [...]. significa que el legislador solo se preocupaba de excluir la irrelevancia de negligencia en ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero no tenía la intención de tomar cualquier posición en la calificación de la responsabilidad médica necesariamente como una responsabilidad de esa naturaleza. La regla, por lo tanto, no induce la orientación tradicional de la transmisión de la responsabilidad de contactar y sus implicaciones”.

40 Este enfoque fue iniciado por Cass. Civ., Sec. III, enviado. 29 de enero de 1999, n. 589, que en Foro., 1999, Me, 3332 y ss, con una nota de Francesco Di Ciommo, “Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero”.

41 En la literatura ver. Antonio Davola, “Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria”. (*Danno e responsabilità*, 3, 2017), 360 y ss. La jurisprudencia sobre este punto es interminable. Ver., Ex multis, Cass. Civ., Sec. III, enviado. 9 de junio de 2016, n. 11789, en Ced Cass, 2016.; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 20 de marzo de 2015, n. 5590, en Ced Cass, 2015.; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 3 de febrero 2012, n. 1620, en Foro ella., Rep. 2012, la responsabilidad elemento, n. 274; en Ragiusan, 2012, 335, 209 y ss.; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 9 de junio de 2011 n. 12686, en Ced Cass., 2011; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 19 de abril de 2006, n. 9085, Foro ella., Rep. 2006, voz Intelectual, n. 194; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 24 de mayo de 2006, n. 12362, en Foro ella., Rep. 2006, voz Intelectual, n. 198; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 21 de junio de 2004, n. 11488, en Foro ella., 2004 I, 3328; Cass.

•Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia•

principalmente por la necesidad de maximizar la protección de los pacientes en los casos de violación del derecho fundamental de la salud constitucionalmente protegido.<sup>42</sup> A tal efecto, en la preferencia por la alternativa contractual era posible simplificar primero la carga de la prueba de la víctima: una vez calificada la obligación impuesta al médico como obligación de resultado<sup>43</sup> la jurisprudencia había invocado los principios generales por incumplimiento contractual<sup>44</sup>, para concluir en el sentido que el paciente actor en el juicio puede limitarse a “probar el contrato y/o el contacto” y alegar el incumplimiento del profesional, quedando a cargo del obligado la prueba de que la prestación profesional ha sido ejecutada de modo diligente.<sup>45</sup> Además, la jurisprudencia había elevado considerablemente

Civ., Sec. III, enviado. 28 de mayo de 2004, n. 10297, que en Foro, 2005, I, 2479; así como los daños y resp, 2005, 26, con una nota de Raffaella De Matteis, “¿La responsabilidad médica en un punto de inflexión?”; Nueva juró. CIV. Comm, 2004, 1, 783, con una nota de Erica Palmerini, “responsabilidad médica y el cumplimiento dell’inesatto prueba”; en Jur. com., 2005, 1413, con una nota de Sara Perugini, “Las disposiciones de la Sección. 2236 cc y la carga de la prueba”; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 4 de marzo de 2004 n. 4400, que en Foro, 2004, I, 1403; en Corr. juró, 2004, 1010, con una nota de M. Tornillos, “negligencia médica: entre las posibilidades de supervivencia de la pérdida y la causalidad”. en Resp. Civ. ant., 2004, 1040, con notas de Giovanni Citarella, “error de diagnóstico y la pérdida de oportunidad de la Corte Suprema”. Más citas, pero también significativa, pronunciación de la Trib. Milán, 9 de enero de 1997, en Foro ella., Rep. 1998 daños civiles voz, n. 148; también en Resp. civ. y prev, 1997, 1220, con una nota de Toscano, “Un nuevo paso hacia el reconocimiento de la institución del defecto de la organización hospitalaria como una fuente autónoma de responsabilidad”; y Trib. Génova, 30 de octubre de 1998, de Resp. Civ. y prev., 1999, 997 con la nota Marilena Gorgoni, “técnicas de organización de la responsabilidad profesional de la medicina de la salud y disfunciones”.

42 Cf., Giulio Ponzanelli, “La responsabilità civile del professionista intellettuale”. (Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2, 2010), 519 y ss. y en parte. 520. Según el autor, el hilo conductor que ha marcado la evolución de la responsabilidad profesional en general y, específicamente, la responsabilidad médica es la voluntad de “pagar más, en comparación con un momento anterior de la historia en la que, en su lugar, se estableció la regla exclusión de responsabilidad”. Ver Giulio Ponzanelli, “L’imperialismo della responsabilità civile”, (Danno e responsabilità, 3, 2016), 221 y siguientes. El uso ocasional, funcional exasperante, de las reglas rc, en los últimos veinte años, ha encontrado su campo más fértil de aplicación en la presencia de una lesión corporal grave, para lo cual también en virtud de los deberes de caridad obligatorias establecidas en el §. 2 Const.

43 Para la distinción entre obligación de medios y la obligación de confrontar el resultado. Para todos, Luigi Mengoni, “Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)”. (*Rivista di diritto commerciale*, I, 1954): 188 y ss.

44 Cf., Al borde Gaetano Anzani, “Il riparto dell’onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile”. (*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*), 228 y siguientes: “Según la técnica letra 1218 cc, de hecho, el acreedor de una obligación de medios debe demostrar la falta de cumplimiento de la prestación a la diligencia en el artículo. 1176 cc [...] y por lo tanto la culpa del deudor [...], por lo que sería descartar el riesgo de causas desconocidas. El acreedor de una obligación de resultado, sin embargo, siempre según el tenor de la regla general sobre la responsabilidad en su defecto, puede dejar la demostración de una mala actuación y dejar la evidencia deudor de no elegibilidad a la falla del defecto”.

45 Cass. civ., Sec. III, enviado. 28 de mayo de 2004, n. 10297, antes citada. Ver. También Cass. civ., Sec. a., enviado. 30 de octubre de 2001, n. 13533, que en Foro, 2002, I, 769 y siguientes, con la nota de Paolo Laghezza, “Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo”, (*Foro italiano*, I, 2002), 1565; nota con Vincenzo Mariconda, “Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne

los estándares de diligencia requeridos al personal sanitario en el cumplimiento de la obligación de cuidados: fue reemplazada gradualmente la regla prevista en el art. 2236 del CC, que, en la regulación de la responsabilidad profesional intelectual, prevé la limitación a los casos de dolo o negligencia grave si “implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad”. Al respecto, la jurisprudencia se mantuvo estable en la interpretación muy restrictiva, que sostiene que la limitación de la regla de responsabilidad operaría solo en situaciones en las que el médico está llamado a hacer frente a una “prestación profesional extraordinaria y excepcional, poco conocida en el ámbito científico, tal que requiere un grado de pericia que trasciende la preparación y habilidad de un profesional de capacidad media<sup>46</sup> y solo en los casos en que se considera una culpa por impericia, no a la inversa en relación a los daños debidos a negligencia o imprudencia<sup>47</sup>. De ese modo, la regla del art. 2236 del CC había sido privada de gran parte de su portada aplicativa, acercando la responsabilidad profesional a una responsabilidad para-objetiva”.<sup>48</sup>

---

aprono un altro”, (*Corriere giuridico*, 2001), 349; con una nota de Bruno Meoli, “Terminación por causa y carga de la prueba”; en *Contr. E impr.*, 2002, 1000; con Andrea Carli que señala: “En busca de un criterio general en cuanto a la distribución entre las partes de la carga de la alegación y la carga de la prueba”; *ibid*, 2003, 903; con la nota Giovanna Visintini, “El Tribunal Supremo intervendrá para resolver un conflicto entre el máximo (en defecto y carga de la prueba sobre la víctima acreedor del defecto)”. En la literatura ver: Massimo Franzoni, “Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità”, (*Contratto e impresa*, 3, 2015), 587 y ss. y en parte 595-596.

46 Cirillo, “I limiti”, 249.

47 En la jurisprudencia ver Cass. Civ., Sec. III, enviado. 28 de septiembre 2009, n. 20790, Nueva juró. CIV. Comm., 2010, 1, 369 ss., con la nota Massimo Foglia, “El prisma de los servicios médicos y la ‘reducción a cero’ del arte. 2236 bacalao. Código Civil. ”; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 10 de mayo de 2000, n. 5945, en la misa. Giust. Civ., 2000, 977; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 8 de enero de 1999 n. 103, en Foro ella., Rep. 1999 daños civiles voz, n. 116; en daños y resp., 1999, 779, con una nota de Raffaella De Matteis, “responsabilidad médica entre” scientia iuris “y las reglas de formación judicial”; en Resp CIV, 1999, 683, con la nota de Paolo Sanna, “Las mil caras de la responsabilidad médica: la responsabilidad de la clínica privada”; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 22 de enero de 1999, cit. En este último, pronunciación, el Tribunal Supremo ha declarado, por lo tanto, que la limitación de la responsabilidad del médico para los casos de dolo o negligencia ex art. 2236 cc no se aplica la imprudencia y negligencia: “De hecho, incluso en casos de especial dificultad, dicha limitación no existe con referencia a los daños causados por negligencia o falta de cuidado, de los cuales el médico responde en cada caso”. En la literatura ver Giuseppe Musolino, “Perfiles de falta profesional: continuidad de las fuentes romanas y las interpretaciones heterodoxas”, (*Riv. 477*, 1996); Vincenzo Zeno Zenovich, “Cuestiones relacionadas con el cuidado de la salud de la responsabilidad por negligencia profesional”, (*Nueva juró. CIV. comm.* 1, 1992), 361; Guido Alpa, *Responsabilità civile e danno*, (Bologna: Il Mulino, 1991), 238; Mengoni, “Obbligazioni”, 206.

48 Ver Giulio Ponzanelli, “Malpractice medica: la legge Bianco-Gelli”. (*Contratto e Impresa* 2, 2017), 356 y ss. y en parte. 357, y Giulio Ponzanelli, “La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa”, (*Danno e responsabilità*, 8-9, 2016), 816 y ss. y en parte. 817: “el régimen desarrollado en la jurisprudencia, especialmente con respecto a la responsabilidad médica, se ha acercado gradualmente que caracteriza por una política de responsabilidad que nada más que ver con el régimen de culpa y que presenta grandes similitudes

Sin embargo, es claro que esta reconstrucción de la regla de responsabilidad no queda fuera de muchos inconvenientes de parte de la posición jurídica del médico. Y, de hecho, a principios del siglo XXI, ha habido una expansión considerable de la disputa en el campo de la medicina, un aumento en el número de dependientes convicciones de los centros de salud y los operadores individuales<sup>49</sup> y la aparición del fenómeno preocupante de la llamada “medicina defensiva”, es decir, la tendencia de los médicos a tomar decisiones “que no obedecen el criterio básico del bien del paciente, sino a una preocupación por evitar las acusaciones por no haber realizado todas las investigaciones y cuidados conocidos”.<sup>50</sup> Teniendo en cuenta estos problemas, la clasificación de la responsabilidad médica en el sector del ilícito aquiliano ha respondido principalmente a la necesidad de aligerar la carga resarcitoria que pesa sobre quien ejerce la profesión<sup>51</sup>, incentivando más bien la canalización de reclamos ante la estructura de salud, frente a la cual, el paciente puede valerse del régimen probatorio más favorable de las normas relativas a la responsabilidad contractual.<sup>52</sup> De esta manera, se ha llegado a crear un verdadera “doble binario resarcitorio”, dado que las víctimas pueden operar su reclamación contra la estructura de salud por el art. 1218 del CC, como contra el médico por el art. 2043 del CC, como también contra ambos, de conformidad con el art. 2055 del CC. Sin embargo, ha sido precisamente dicha

---

con un régimen de responsabilidad objetiva, aunque relativa, o en cada caso con un régimen de responsabilidad agravada del evento”.

49 Él habla de “responsabilidad excesiva en las estructuras de salud y profesionales de la salud”, como “la primera y quizás más importante experiencia italiana crítica”. Ponzanelli, “Malpractice medica”, 357: según el autor “sólo en el campo de la responsabilidad del profesional sanitario, la jurisprudencia alcanzó unos niveles preocupantes de sobrecompensación y de un exceso en la prevención”.

50 Para una reconstrucción del fenómeno Sede. Carlo Granelli, “La medicina difensiva in Italia”, (*Responsabilità civile e previdenza*, 1, 22, (2016), 22 ss.

51 Ver Massimo Franzoni, “Colpa e linee guida nella nuova legge”, (*Danno e responsabilità*, 3, 2017), 271 y ss. y en parte 272: “el debate que se desarrolló más tarde hizo hincapié en la necesidad de distinguir la responsabilidad de la estructura a la del médico, también puso de relieve la necesidad de que el médico pueda realizar la profesión característica, sin la preocupación de preguntas de daños a las que pueden estar expuestos”.

52 En este punto, Roberto Padoleski y Roberto Simone, “Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)”, (*Foro italiano*, V, 2017), 161 y ss: “Dado el presente cuadro, es razonable suponer que, en honor a una estrategia dirigida a atacar el bolsillo profundo [...], se prefiera abandonar el cultivo del claim (entiéndase: litigio) frente al médico individual, para optar por la tranquilizante matriz contractual, la cual se activaría sólo respecto a la estructura”.

posibilidad de haber puesto de manifiesto, a juicio de los primeros comentaristas, uno de los principales problemas de la reforma.<sup>53</sup>

Se observó que en este tipo de casos desencadenará la aplicación del régimen de solidaridad pasiva entre los coautores del delito, por el cual, en virtud de la unidad del hecho dañoso, el acreedor víctima podrá limitarse a probar la existencia de la responsabilidad en cabeza a uno solo de los dañantes.<sup>54</sup> Es evidente que el paciente-actor se ve motivado a recurrir al criterio más favorable, cumpliendo con la carga de la prueba requerida para la afirmación de la responsabilidad del hospital, con efectos también en relación a los otros coobligados<sup>55</sup>: circunstancia que corre el riesgo de afectar el funcionamiento del principio de separación de las responsabilidades y de alimentar la impresión de que, con respecto a la posición del médico, se esté en presencia de un régimen especial de responsabilidad, que se caracteriza por fuertes tendencias de objetivación de la misma. A una conclusión similar parece conducir el análisis de la tendencia jurisprudencial por la cual, en obsequio a un principio de proximidad de la prueba, el actor víctima queda librado de la carga de la prueba de todos los elementos constitutivos del ilícito y, en particular, del elemento subjetivo de la culpa, incluso si el médico fuera demandado con base en el art. 2043 del CC.<sup>56</sup> Es fuerte la tentación de aplicar

53 "A pesar del diferente régimen de responsabilidad para la estructura y para el médico, la ley no ha empujado hasta el punto de canalización de la responsabilidad a la estructura única, dejando el médico el riesgo de compensación en caso de dolo o negligencia grave". Así Franzoni, "Colpa e linee guida", 272.

54 Cf., Sobre el punto Mirko Faccioli, "La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco): profili civilistici, Seconda parte", (*Studium Iuris*, 7-8, 2017), 781 y ss, y en parte 783: "hay que destacar que el funcionamiento en la práctica, en las salas judiciales, del antes referido sistema de acumulación impropia, terminará probablemente por presentar más de un aspecto crítico: no es por nada que el pasado nos enseña que la jurisprudencia, encontrándose en la situación de decidir el mismo supuesto en base al doble perfil de la responsabilidad contractual y extracontractual, entre otras cosas, terminó por intercambiar las reglas de una con las de la otra, llegando a aplicarlas indistinta y contemporáneamente en el análisis de la conducta del médico, llegando a reconstruir de esta manera una especie de régimen 'especial' de responsabilidad válido solo para los operadores de la salud y que la doctrina no dudó en denominar como 'subsistema de la responsabilidad civil', caracterizado por una 'ósmosis' de las reglas propias de la responsabilidad contractual y de las reglas propias de aquella aquiliana".

55 "En el caso presentado por el paciente contra la estructura y el médico, la base adecuada también se trató en presencia de las condiciones para condenar al primero". Franzoni, "Colpa e linee guida", 273.

56 Este es el principio de que "la carga de la prueba de las circunstancias que cae dentro de la esfera de acción de una sola de las partes involucradas debe ser descargada desde el mismo lado, de lo contrario es arriesgarse a quedar excesivamente deteriorado el derecho constitucional de la acción o de la defensa los tribunales del otro". Así Cass. Civ., Sec. a., enviado. 6 de mayo de, 2015, n. 9100, in Foro ella., 2016, 1, 272 ff. Ver. También Cass. Civ., Sec. III, enviado. 30 de de octubre de, de 2001 n. 13533, cit.; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 27 de abril 2010, n. 10060, en el Foro que, Rep 2010; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 21 julio de 2003, n. 11316, que en Foro de 2003, I, 2970; Nueva



•Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia•

este principio a la responsabilidad sanitaria “un recurso retórico bastante torpe”<sup>57</sup>, dirigido a agravar aún más la exposición resarcitoria del médico dependiente.<sup>58</sup>

A la misma conclusión parece conducir un examen de los cambios introducidos por la nueva ley sobre la graduación de la culpa médica en relación con la controvertida cuestión sobre el valor atribuible al cumplimiento por parte del médico de las “líneas guía y mejores prácticas acreditadas por la comunidad científica”.<sup>59</sup> Al respecto, en el camino ya trazado por el decreto Balduzzi, la Ley Gelli-Bianco atribuye al juez la facultad de cuantificar los daños teniendo en cuenta la culpa leve del médico, el cual, en la ejecución de la prestación se haya atendido a las recomendaciones previstas en las líneas guía, siempre que —esta aclaración es introducida en la nueva ley— ellas sean adecuadas a las especificidades del caso concreto.<sup>60</sup> Sobre el concepto de línea guía no es posible detenerse en esta sede de manera detallada. En síntesis, ellas pueden definirse como “modelos ideales

---

juró. CIV. Comm., 2004, I, 265, con una nota de Chiara Pasquinelli, “negligencia médica: el Tribunal Supremo vuelve a interrogar a los temas de la culpa y la omisión aleatoriedad”; Cass. Civ., Sec. III, enviado. 21 de junio de 2004, n. 11488, antes citada. En teoría, para un fondo de la cuestión ver Massimo Paradiso, “La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture”, (Danno e responsabilità, 703, 2009); Giovanni Comandé, “Le regioni della responsabilità sanitaria e il governo del risarcimento”, (En Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, *Il diritto civile tra principi e regole*, coord. Giulio Ponzanelli, Vol. I, 532-545. Milán: Giuffrè, 2008), 532 y ss. Para la aparición del principio de la proximidad de la prueba en la responsabilidad médica sector de la Sede. Arianna Barbarisi, “L’onere della prova nella responsabilità sanitaria”, (I contratti, 2, 2017), 217 y ss. “Las regiones de la responsabilidad médica y la compensación del gobierno”, (En Liber Amicorum Francesco D. Busnelli. *La ley civil entre principios y reglas*, Vol. I (Milán: Giuffrè, 2008), 532 y ss. Para la aparición del principio de la proximidad de la prueba en la responsabilidad médica sector de la Sede. Barbarisi, “L’onere”, 217 y ss.

57 Luca Nivarra, “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza”, (Europa diritto privato, 2000), 513 y ss, y en parte 520.

58 Riesgo de que se mantiene informado de la doctrina más cuidadoso. Ver Al borde Faccioli, “La nuova disciplina”, 784; Barbarisi, “L’onere”, 219-220; Mauro Paladini, “Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi”, (Danno e responsabilità, 10, 2015), 881 y ss, y en parte 884; Rossana Breda, “Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi”, (Contratto e impresa, 3, 2014), 768 y ss, y en parte 796.

59 La literatura sobre el papel de las directrices para la evaluación de la responsabilidad médica también es ilimitada. Ver Ex multis, Luigi Cajazzo Marzano, “La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi”, (Corriere giuridico, 4, 2013), 485 ff; Domenici y Guidi, “Linee guida”, 353 y ss; Marilena Gorgoni, “Colpa lieve per inosservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno”, (Responsabilità civile e previdenza, 1, 2015), 173 ff; Franzoni, “Colpa e linee guida”, 274 y ss.

60 “De esa manera, el legislador ha recibido aquella posición consolidada de la jurisprudencia penal conforme a la cual, las líneas guía representan un auxilio científico válido para el médico que debe confrontarse con ellas, pero que no reducen la autonomía profesional en las elecciones terapéuticas, porque el arte médico, al no basarse en protocolos de base matemática, es susceptible de acoger diversas prácticas o soluciones eficaces, entre las cuales se puede elegir de acuerdo a las variantes del caso específico que solamente pueden ser valoradas por el médico.” Así Cass. Pluma. 19 de septiembre de 2012, n. 35922, en Corr. juró., 2013, 4, 479 y ss., con notas de Cajazzo Marzano, “La rilevanza”.

de conducta, recomendaciones procedimentales generadas a través de un proceso sistemático diseñado para ayudar a los operadores para decidir sobre una gestión apropiada de las condiciones específicas clínicas”.<sup>61</sup> Se trata de un instrumento de *soft law*, que por efecto del reclamo que hace el legislador adquiere eficacia y la obligatoriedad del derecho positivo<sup>62</sup> y adquiere el rango de regla cautelar codificada, en una óptica de clara objetivación o “normativización” de los estándares de evaluación de la culpa. En cambio, en cuanto concierne a las novedades introducidas en relación al reproche culposo, la nueva ley refleja claramente la intención del legislador de atribuir tanta importancia a la gravedad de la culpa del médico, aunque haciendo transitar los resultados del juicio sobre el nivel de cuantificación de los daños<sup>63</sup> y no sobre la configuración de la responsabilidad<sup>64</sup>, como en cambio impondría la aplicación del art. 2236 del CC al ilícito aquiliano cometido por el profesional. Lo que resulta claro de la norma es que el legislador ha optado por un régimen en el cual, eliminada toda distinción sobre la gravedad de la culpa del médico<sup>65</sup>, este último puede ser llamado a responder incluso por culpa leve y también cuando haya cumplido con las líneas guía, salvo recuperar

61 Domenici y Guidi, “*Linee guida*”, 354.

62 Cf., Franzoni, “*Colpa e linee guida*”, 278. “por efecto de la ley en comentario, la línea guía ingresa formalmente en el sistema de las fuentes del derecho, sustancialmente conserva una fuerza cogente y una eficacia diversa de cualquier otra norma de derecho positivo, sea como eficacia como por origen”.

63 Cf., Antonino Astone, “Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)”, (*Nuova giurisprudenza civile commentata*, 78, 2017), 1115 y ss, y en parte 1121: “la exención penal no disminuye la ilicitud de la conducta en el lado civil y el grado de culpa en este caso se eleva a definitivo el criterio de los daños”. Ver también Roberto Pardolesi, “Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria”, (*Danno e responsabilità*, 3, 2017), 261 y siguientes, y en parte 265. “La responsabilidad del artículo 2043 del CC –también para la *culpa levis*– salvo verificar cómo esta concuerde con la observancia de las líneas-guía, observancia que en todo caso se quiere que cuente al nivel de la determinación del daño (y aquí resurgen las preocupaciones antes indicadas: pero, si existe respecto de los protocolos acreditados, ¿puede en verdad hablarse de culpa?), cruza la responsabilidad de la estructura o establecimiento de salud del art. 1218 CC”.

64 Durante la vigencia del decreto Balduzzi no han faltado los intentos por superar la opción, en realidad sugerida por la letra de la norma, a favor de “la irrelevancia en sede civil del comportamiento eventual conforme a las líneas guía, excepto para los fines limitados de la cuantificación de la obligación resarcitoria, en el sentido que es completamente indiferente a los fines de la determinación de la responsabilidad civil”, el hecho de que el médico haya o no adecuado su comportamiento a las líneas guía. Por lo tanto, se ha sostenido que la excusa eficaz de la observancia de las líneas guía debe ser considerada “implícita [a] en las reglas sistemáticas de evaluación de la responsabilidad, incluso antes que en la previsión normativa”. Así, Luca Nocco, “Le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nella Legge Balduzzi: un opportuno strumento di *soft law* o un incentivo alla medicina difensiva?”, (*Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2013), 781 y ss.

65 Para esta interpretación, ver: En el derecho, Cass. Civ., Sec. VI, enviado. 17 de abril de 2014 n. 8940, cit., Según el cual [ya que] “en lege aquilia Levissima culpa et venit [...] el legislador sólo se preocupaba de excluir la irrelevancia de negligencia en el campo de la responsabilidad extracontractual”.

después la valoración de dicha conducta observante para reducir la cantidad del resarcimiento.

Por último, también se debe mencionar otra cuestión regulada por la Ley Gelli-Bianco. Se alude al seguro obligatorio de la responsabilidad médica, ya introducida por el Decreto Balduzzi y actualmente ampliada, más allá de los centros de salud, ahora también a todo operador, ya sea profesional liberal o dependiente. En la economía de este trabajo no se puede centrar en el contenido de la nueva normativa. Lo que parece oportuno señalar es que tanto la objetivación de la responsabilidad y la expansión de las oportunidades de compensación, como la introducción de penetrantes obligaciones aseguradoras representan dos líneas de tendencia que aproximan la responsabilidad sanitaria y otras hipótesis de responsabilidad profesional, a las cuales es oportuno dirigir la atención.

### *Las tendencias recientes en la responsabilidad profesional obligatoriamente asegurada*

Otro sector que recientemente fue golpeado por las importantes innovaciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales es la responsabilidad de los profesionales del derecho, y en particular los abogados. En este contexto, de hecho, así como en el campo de la *malpraxis* médica, se ha asistido a una superación gradual de un régimen que garantiza al profesional una inmunidad tendencial, mediante la configuración de la responsabilidad solo para casos marginales que se remiten en última instancia a la omisión de un acto profesional<sup>66</sup>, para llegar a un sistema en el que las posibilidades de que un defensor sea responsable por la violación de una obligación contraída con el cliente son grandes. En este sector, recientemente hemos sido testigos de la introducción de la hipótesis de seguro obligatorio, que encontró plena aplicación en septiembre de 2016 y la entrada en vigor del Decreto Ministerial a la que se reclamó la fijación de las condiciones mínimas básicas y los techos de pólizas de seguro.<sup>67</sup>

Los pasos que llevaron a la expansión de las responsabilidades de los profesionales forenses son en gran medida similares a las que han marcado la evolución de la responsabilidad médica. En primer lugar, a pesar de ser la impuesta para el

66 Para recordar la jurisprudencia más frecuente ver Dario Covucci y Giulio Ponzanelli, "Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione", (Nuova giurisprudenza civile commentata, 2, 2008), 421 y ss, y en parte 422-423.

67 DM 22 de de septiembre de, 2016, en el Boletín Oficial, 11 de octubre, 2016, n. 238.

abogado una clara obligación de medios<sup>68</sup>, de cuyo incumplimiento puede derivar una responsabilidad solo a condición de que no existe evidencia de que no se ha cumplido con la debida diligencia<sup>69</sup>, la jurisprudencia también ha invocado en esta área los principios generales por incumplimiento de contrato para invertir la carga de la prueba y exigir al profesional la demostración del hecho que extingue la deuda resarcitoria<sup>70</sup>, es decir, el diligente desempeño del servicio y la naturaleza impredecible e inevitable del evento dañoso.<sup>71</sup> Además, incluso en el campo forense que se han ampliado las obligaciones impuestas en el profesional, a través de la reconstrucción de las penetrantes obligaciones de información favorables al cliente<sup>72</sup>, y se redujo significativamente el campo de funcionamiento del art. 2236 del CC, considerado aplicable solo en casos en los que “el esfuerzo intelectual [...] requerido sea superior a aquel del profesional medio, con los consiguientes presupuestos de preparación y dispendio de actividades también superiores a la

68 Asunto consolidado en la jurisprudencia a partir de la fundamental sentencia de la Casación Civil, sentencia del 29 de noviembre de 1973, n.° 3298, en *Foro Italiano*, 1974, I, 678 y ss., según la cual “la obligación que asume el profesional liberal frente a su cliente [...] tiene como contenido [...] el ejercicio de la actividad profesional necesaria o útil en relación al caso concreto y en vista a un resultado que, a través del medio técnico profesional que el cliente espera lograr (cd obligación de medio o de comportamiento, y no de resultado). Deber, por lo tanto, del profesional liberal [y] de realizar la actividad profesional necesaria y útil en relación con el caso concreto, y deber de llevarla a cabo con la diligencia necesaria y apropiada”.

69 A los efectos de la insuficiencia de la prueba no sería suficiente incluso demostrar que el suministro no se ha realizado, pero se debe determinar sobre la base de la negligencia de la conducta modelo, deducida a partir de la naturaleza de la actividad ejercida y en los contenidos particulares de la actuación, es decir, su no la ejecución diligente. Así María Feola, “La responsabilità dei professionisti legali”, (*Danno e responsabilità*, 11, 2014), 985 y ss, y en parte 994. En caso cfr. Cass. Civ., Sent. 29 noviembre de 1973, n. 3298, cit., Según la cual “cuando el profesional independiente no coloca en el ejercicio de la diligencia profesional promedio [...] su responsabilidad hacia el cliente por los daños causados a estos, se guiarán por los principios comunes de la responsabilidad contractual”.

70 Para una reconstrucción de la evolución de la jurisprudencia sobre el tema: Feola, “La responsabilità”, 994 y ss. Ver también, Marcella Fortino, *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*. (Milán: Giuffrè, 1984), 105, para quien la regla general sobre la responsabilidad funciona como una presunción de culpabilidad que se puede ganar mediante la demostración de que el fracaso se debió a una causa no imputable al deudor, por un evento que dio lugar a una imposibilidad, que es la liberación cuando el impedimento que surgió no se puede evitar o superar con la diligencia necesaria para el deudor.

71 Ver, Cass. Civ., Sec. III, enviado. 11 marzo de 2002, n. 3492, Rep Foro ella, 2002, entrada profesiones intelectuales: las responsabilidades profesionales, 1644, n. 110.

72 Ver, María Feola, “La responsabilità”, 996. “La violación de los requisitos de información del cliente específico (por ejemplo, la dificultad de ganar en los tribunales o cualquier otra noticia que podría hacerle tomar una actitud diferente en la disputa), que se consideran ahora explicación del deber profesional de la atención establecido en virtud del art. 1176, párrafo 2 del Código Civil, ahora el deber de buena fe que actúa en las etapas de formación y ejecución del contrato (ex art. 1337 y 1375 del Código Civil), comprobarían la responsabilidad del profesional, incluso si se ha invocado el cumplimiento diligente de las obligaciones derivadas de mandato”. Sobre la cuestión de los requisitos de divulgación ver Salvatore Monticelli.

media”.<sup>73</sup> Así, incluso en esta área, se ha sido testigo de un agravamiento de la exposición resarcitoria profesional, con proporciones que, aunque no son comparables con la verdadera explosión que afectó a la esfera de la responsabilidad médica<sup>74</sup>, han llevado al legislador a introducir una ulterior obligación de asegurarse con fines de reducir el contencioso y de maximizar la tutela del cliente.

Ahora bien, si dirigimos nuestra atención a otros casos de responsabilidad profesional, es evidente que la interacción entre la responsabilidad y el seguro obligatorio constituyen una tendencia que se repite. Por ejemplo, otras actividades también resultan interesadas en razón a que, por ser socialmente útiles, se caracterizan por su alto potencial dañino y en consecuencia el legislador, la doctrina y la jurisprudencia han sentido la necesidad de reforzar la protección resarcitoria e indemnidad de la víctima. Esto se aplica, sobre todo, en la experimentación clínica, o de aquellas actividades que se pueden definir como “la suma de la investigación con seres humanos para verificar los efectos de las medicinas, con el fin de comprobar la eficacia y su no toxicidad”.<sup>75</sup> En la industria de hoy, como resultado de la Directiva 2001/20/CE, transpuesta por el Decreto Legislativo 211 del 24 de junio de 2003, el acceso a la actividad está sujeto a la condición de que “el patrocinador de la experimentación provea la cobertura aseguradora relativa a la indemnización por daños causados a los particulares por la actividad de la experimentación”, los cuales resultan cubiertos por la póliza si han sido “involuntariamente causado como resultado de un evento accidental, y/o imputable a negligencia, imprudencia o la impericia”.<sup>76</sup> Este requisito ha sido recientemente

73 Cass. Civ., Sec. II, enviada el 23 de abril de 2002, n. 5928 en daños y resp., 2003, 1, 68 y s. Con notas de Angelo Bonetta, “Per la serie Anche gli avvocati piangono: il procuratore risponde della nullità dell’atto di citazione”, (Danno e responsabilità, 1, 2003).

74 Para ver estas consideraciones, Pietro Trimarchi, “Responsabilità professionale dell’avvocato: attuali prospettive”, (*Corriere giuridico, Speciale*, 12, 2014), y 5 ss, y en parte 6, que, en 2014, establece que “en el mundo anglosajón se encuentran últimamente algunas voces que señalan la posibilidad de una mayor frecuencia de las acciones de responsabilidad del cliente contra sus defensores y asesores legales. Pero no se puede constatar, al menos hasta ahora, nada comparable a la frecuencia de las acciones de responsabilidad entabladas contra los médicos”.

75 Leonardo Bugliolacchi, “L’assicurazione obbligatoria della r.c. da sperimentazione clinica dopo il d.m. 14 luglio 2009”, (*Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2009), 1434 y ss, y en parte 1434.

76 Los supuestos de responsabilidad civil cubiertos por la obligación de aseguramiento concurren sobre supuestos de daños relacionados, según la opinión unánime de la doctrina, al *genus* de la responsabilidad contractual profesional. Ver, Giuseppe Giudici, “Sperimentazioni cliniche e polizze assicurative: note comparate con la disciplina svizzera”, (*Diritto commerciale internazionale*, 3, 2010), 493 ff.; Fausto Massimino, “Le responsabilità nelle sperimentazioni cliniche”, (Danno e responsabilità, 10, 2000), 953 y ss, y en parte 957, según el cual, “sin duda se puede sostener la aplicabilidad sustancial en el estudio clínico de las mismas categorías interpretativas elaboradas

confirmado tras la entrada en vigor de la Ley 24 de 2017, cuyo art. 10 impone a la estructura de salud proveer la cobertura de seguro o predisponer de otras medidas similares para cubrir los daños ocasionados por los operadores de la experimentación y la investigación clínica.<sup>77</sup>

Fuera de las hipótesis de responsabilidad de los sujetos participantes en la experimentación, se abre luego la zona de la compensación de los daños causados por los medicamentos<sup>78</sup>, en relación a la cual cabe destacar una orientación jurisprudencial consolidada que tiende a superar la aplicación de la regla general del art. 2043 del CC a favor de regímenes de responsabilidad especial que se caracterizan por una mayor atención por la posición de la víctima del hecho dañoso. En este sector, se invoca unánimemente la regla resarcitoria contemplada en el art. 2050 del CC<sup>79</sup>, bajo el presupuesto de la naturaleza peligrosa del producto de la actividad de experimentación y traslativamente de la actividad misma<sup>80</sup>, donde se pone a cargo del profesional la obligación de probar que se han tomado todas las medidas adecuadas para evitar el daño.

---

en torno a la normal relación entre la estructura o establecimiento de salud y el paciente, que genera, en cabeza de la primera, una responsabilidad contractual por cualquier daño causado por una no diligente ejecución de las prestaciones”.

77 Para una clasificación de los pasivos durante los ensayos clínicos y el requisito de seguros vinculado, ver Francesca Grotteria, “Il paradigma della responsabilità civile nella sperimentazione clinica: alla ricerca di un equilibrio tra canoni tradizionali ed incertezza scientifica”, (*Rivista italiana di medicina legale*, 2017).

78 Cf. Agnese Querci, “Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?”, (*Danno e responsabilità*, 4, 2012), 353 FF; y, Mariangela Ferrari, “La nuova normativa per un approccio armonizzato alla regolamentazione delle sperimentazioni cliniche nei paesi dell’Ue”. Responsabilità civile e previdenza, 2, (2016), 702 y ss. y en parte. 716 ss.

79 Se hace hincapié en la naturaleza de las actividades peligrosas dentro del significado codicístico (art. 2050 del CC). Fausto Massimo, “I contratti di sperimentazione clinica”, (*I Contratti*, 2, 2000), 183 y ss. y en parte 187. Ver Giancarlo Umani Ronchi, Giorgio Bolino y Luigi Bonaccorso, “La responsabilità professionale nella sperimentazione clinica”, (*Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2000), 733 ff, según la cual “en consideración de la presencia inevitable de un riesgo implícito en la actividad de la experimentación, esto debe considerarse como una actividad peligrosas en virtud del art. 2050 del Código Civil, que impone la obligación de pagar a menos que se demuestre que ha tomado todas las medidas adecuadas para evitar el daño”. Ver, Alessandra Bellelli, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, (Padua: Cedam, 1983), 133; Francesco Busnelli, *Bioetica e diritto privato: frammenti di un dizionario*, (Turín: Giappichelli, 2001), 217; Antonella Bertocchi, “Responsabilità delle strutture sanitarie, pubbliche e private”, (En *La responsabilità medica*, 149, Ugo Ruffolo (a cura di), Milán: Giuffrè, 2004), 149; Ferrari, “La nuova normativa”, 707; Mauro Paladini, “Profili di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella sperimentazione medica”. *Riv. it. med. leg.*, 1, (2015), 148; “Las nuevas regulaciones para un enfoque armonizado para la regulación de los ensayos clínicos en los países de la UE”, (*Resp. Civ. y prev.* 2, 2016), 707.

80 Agnese Querci, “Responsabilità per danno”, 357. Según Querci, con el fin de justificar el uso de esta disposición, se tuvo que adoptar una definición amplia de “actividades peligrosas”, incluyendo entre estos “cualquier actividad que produce mercancías potencialmente peligrosas para la salud”, considerando suficiente el riesgo intrínseco del producto por estimar que toda la actividad es peligrosa.

Incluso el sector de la experimentación cae de lleno en la tendencia general de construir, a través de la carga de la prueba sobre la existencia de la culpa, unas reglas de responsabilidad máximamente favorables a la víctima. El sistema italiano parece haberse orientado plenamente hacia una perspectiva en la que el imperativo es resarcir más y a favor de más sujetos, incluso a costo de interpretar las normas civilistas de imputación del daño de una manera no siempre ortodoxa, como parece confirmarlo de manera paradigmática la parábola de la culpa.

### Los criterios de imputación en el caso especial de la responsabilidad civil, arts. 2047 a 2054 del CC

Como se ha podido anticipar, un universo copernicano de la revolución de la responsabilidad civil ha trasladado la esencia del sistema a la figura de dañado y, en el campo de criterios de imputación, ha dado lugar a un progresivo abandono del principio de culpa.<sup>81</sup> Se pone, de hecho, la necesidad de identificar criterios adicionales con respecto a la culpa del autor ilícito, para hacer frente a la proliferación de las fuentes de daño y la necesidad de asignar “eficientemente” los costos.<sup>82</sup> Hasta la fecha, tal desarrollo progresivo no ha alcanzado caracteres de integridad y sistemática. Por el contrario, esto se ha traducido en la inserción en el Código Civil italiano de una pluralidad de hipótesis especiales de responsabilidad, alternativas a la tradicional asignación intencional o culposa del hecho ilícito contemplado en el art. 2043 del CC. Estos casos, lejos de constituir un bloque unitario de hipótesis de responsabilidad sin culpa, se desvían por caracteres propios de la norma general, aunque puedan ser referidas, con fines descriptivos, a algunas macrocategorías.<sup>83</sup> También se debe señalar que en la formulación de estas disposiciones no se ha verificado una separación neta del criterio de la culpa,

81 Smorto, “Il criterio”, 431. “Era posible ver un verdadero cambio de perspectiva, no en busca de la solución, pero incluso antes de la formulación del problema. El autor, recordando la fórmula Castronovo, habla de una ‘secularización de la responsabilidad civil’, con el cual el problema, antes de la ética, se hace estrictamente legal”.

82 De hecho, las posiciones doctrinales en la materia se dividen entre quienes consideran la eficiencia económica como la base de la necesidad de innovar el sistema y los que, en cambio, se refiere a los principios de diferente alcance, incluyendo principalmente la solidaridad.

83 Ver la asignación realizada por Bigliazzi, “Obbligazioni”, 735, donde se subdivide en cuatro grandes categorías, sobre la base de las características del caso y/o los sectores a los que se refieren: responsabilidad indirecta, responsabilidad de los propietarios de los objetos o animales que pueden hacer daño a los demás, la responsabilidad por actividades peligrosas e hipótesis especiales derivadas de la producción industrial.

pero se ha preferido el recurso a expedientes jurídicos que permitan la separación gradual de una tradición centenaria de la responsabilidad basada en la culpa.<sup>84</sup> Entre todos, juega un papel decisivo la frecuentísima inversión de la carga de la prueba, con la creación de las presunciones de culpa y responsabilidad. En consecuencia, se hace necesario verificar la concreta permanencia de elementos de “subjetivación” en cada uno de estos casos para poder definir la consistencia actual, según la ley italiana, de los criterios objetivos de atribución de la responsabilidad civil.

Para proceder de acuerdo a un criterio de separación progresiva de los elementos típicos de la imputación por culpa, es necesario eludir el enunciado del código y partir directamente del art. 2050 del CC, que establece que “el que causa daño a los demás en la realización de una actividad peligrosa, por su naturaleza o la naturaleza de los medios, es responsable del pago de daños y perjuicios, a menos que pueda demostrar que ha adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el daño”.<sup>85</sup> La formulación literal de la norma —y en particular de la prueba liberatoria— ha dado lugar a un intenso debate, aún latente, acerca de la naturaleza de este tipo de responsabilidad, hasta el punto de colocar este supuesto en el cruce de la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.<sup>86</sup> El primer requisito para la aplicación del art. 2050 de la CC es la “realización de una actividad peligrosa”. Esta noción no se refiere exclusivamente a las actividades calificadas como tales por las leyes de seguridad pública, sino que comprende una pluralidad indefinida de actividades que son realmente peligrosas por su

84 Así Carlo Castronovo, “Sentieri di responsabilità civile europea”, (*Europa e diritto privato*, 4, 2008), 965.

85 Para una introducción general al art. 2050 del CC, ver, Massimo Franzoni, “art. 2050”, (*En Commentario del codice civile Scialoja*, Branca, Francesco Galgano coord., Bolonia: Zanichelli, 1993), 478 y siguientes; cfr. También se comportan, Massimo, hechos ilegales: la responsabilidad objetiva (arts. 2049-2053), en el Código Civil. Comentario editado por Pietro Schlesinger (Milán: Giuffrè, 2009).

86 Castronovo, “Sentieri”, 809 y ss. La disposición del artículo. 2050 del CC tiene carácter único, tal como fue concebido por el legislador “como regla, todavía respetuoso con el modelo de fallo mientras exacerbado en el plano sustancial y endurecido aún más por la inversión de la carga de la prueba”, se ha encontrado en el suelo de la ley viva una atracción progresiva en el campo de la responsabilidad objetiva. Ver también, Franzoni, art. 2050, cit, 483: de hecho, es la misma relación con el Código de parecer contradictorio al borde de la prueba de liberación; por un lado, de hecho, se afirma que se ha elegido una solución intermedia, el mantenimiento de la falla en la base de la responsabilidad, pero mediante la colocación de una carga de dañar la carga de la prueba; por otro lado, sin embargo, el objeto de esta la prueba de liberación está formulado en términos muy estrictos, hasta el punto de atribuir al operador cualquier lesión que no fuera absolutamente inevitable.



•Los criterios de imputación de la responsabilidad civil en Italia•

naturaleza o por los medios utilizados.<sup>87</sup> La “peligrosidad” a que se refiere la norma ha sido especificada como “relevante posibilidad de verificarse el daño”<sup>88</sup>, y requiere una valoración de acuerdo con la perspectiva *ex ante*, en base a datos estadísticos, elementos técnicos, o conceptos de la experiencia común.<sup>89</sup> Asimismo, el potencial dañino debe ser referido a una actividad considerada en sí misma. En esta línea, si no es necesaria una organización empresarial, no es suficiente con el cumplimiento de meros actos.<sup>90</sup> En presencia de estos presupuestos la eventual víctima podrá actuar contra quien ejerce la actividad, probando el daño sufrido y el nexo causal entre el daño mismo y el desarrollo de la actividad peligrosa. El elemento que ha ocupado el debate doctrinario sobre el tema, como se ha dicho, consiste en la prueba liberatoria expresamente prevista por la norma. En efecto, el reclamo a la adopción de “todas las medidas apropiadas para evitar el daño” ha sido objeto de interpretaciones opuestas. De hecho, se ha sostenido con autoridad que dicha prueba liberatoria, en la valoración del cumplimiento del deber de seguridad por parte de quien ejerce la actividad, coloque el art. 2050 del CC en el perímetro de la imputación por culpa, por lo que esta regla debe ser considerada “colocada en los límites extremos de esa categoría, próxima a la

87 Ver Cass. Civ., Sec. III, sentencia de 29 de julio de 2015, n. 16052, en [ilcaso.it](http://ilcaso.it), donde se afirma que la cubierta por el término “actividad peligrosa” todas las actividades que “por su naturaleza o por las características de los medios utilizados, comportan, debido a su fuerte potencial ofensivo, una oportunidad significativa la ocurrencia de un daño”. Que las llamadas de juicio, que se ajustan anterior, Cass. Civ., Sec. III, enviado. 5 de junio de 2002 n. 8148, en [dejure.it](http://dejure.it); Cass. Civ., Sec. III, enviado. 30 de octubre de 2002, n. 15288, en [dejure.it](http://dejure.it).

88 Ver Cass. Civ., Sec. III, enviado. 29 julio de 2015, n. 16052, antes citada.

89 Ver Cass. Civ., Sec. III, enviado. 8 de abril de, 2016, n. 6844, en [dejure.it](http://dejure.it).

90 Ver Massimo Franzoni, “El arte. 2050”, en el Comentario del Código Civil Scajola-Branca, curada por Francesco Galgano (Bologna: Zanichelli, 1993), 491: Si no se distingue entre la conducta peligrosa y peligrosidad del mismo art. 2043 del CC sería una regla superflua, dado que toda acción humana se caracteriza por un grado más o menos de alta peligrosidad. Ver, Roberto Ambrosini, “L’esercizio di attività pericolose tra interesse della produzione ed esigenze di tutela dei danneggiati”, (*Corriere giuridico*, 5, 2017), 699: un simple acto, de hecho, no es una actividad peligrosa, pero un comportamiento peligroso y como tal debe caer dentro de la regla general de responsabilidad en el art. 2043 del CC. Por el contrario, debe ser la propia actividad para presentar connotaciones típicas de riesgo en exceso del nivel de riesgo normal conectado a ejercicio ordinario (cfr. Cass. Civ., Sec. III, 27 enviado. febrero de 1984, n. 1393, de Foro ella., 1984, 5, 1279 ff.). En cuanto a los casos relativos a las actividades peligrosas, en la ley califica como tal, por ejemplo, la producción de tabaco (Cass. Civ., Sec. III, enviado 17 de diciembre, 2009., N. 26516, Dir., Y Giust. En línea, 2010, 69 y ss, con notas de Vincenzo Papagni, “la producción y venta de cigarrillos son actividades peligrosas”, la navegación aérea, pero solo en ausencia de las condiciones normales establecidas (Trib. Reggio Emilia, enviado 28. de abril de 2017, los n. 447, de [dejure.it](http://dejure.it)), dependiente de la central (Cass. Civ., Sec. I, remitido 25 de enero de 2017., n. 1931, en Resp. Civ. y Exp., 2017, 3, 837 y ss, con notas de Fabio Foglia, *Illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi e danno in re ipsa*) es el tratamiento de datos personales, por disposición legal expresa (art. 15 Cod. Privacy), de modo v. infra. Un ejemplo de “casos particulares de actividad peligrosa” es el tratamiento de datos personales, por disposición legal expresa (art. 15 Cod. Privacy), de modo v. infra.

responsabilidad objetiva, pero extraña a la misma”.<sup>91</sup> En realidad, la diversa naturaleza del reproche culposo derivaría del hecho de que no se refiera a la conducta del agente sino a la organización de toda la actividad. Esto implicaría solamente una inversión de la carga de la prueba, por medio de una presunción de culpabilidad, y una extensión del deber de cuidado a la adopción de todas las medidas apropiadas.<sup>92</sup> En cambio, una interpretación marcadamente divergente observa cómo dicha regla se limita a conceder al demandado una prueba que tienda al caso fortuito, teniendo la adopción de las medidas apropiadas una mera relevancia objetiva.<sup>93</sup> Si las posiciones doctrinales están bien definidas y contrapuestas, la última práctica judicial consolidada tiende a opacar los términos del problema con la reiterada afirmación que se trate en definitiva de una responsabilidad objetiva, sin detenerse en el efectivo significado de la prueba liberatoria. En rigor, solo los pronunciamientos más antiguos en el tiempo habían hecho referencia al concepto de la “culpa levísima”<sup>94</sup> por la incapacidad cultural de admitir la responsabilidad sin culpa, mientras que la jurisprudencia actual favorece la calificación objetiva<sup>95</sup>, dado que la prueba liberatoria, en lugar de recuperar una dimensión

91 Alpa, “Responsabilità oggettiva”, 970.

92 Franzoni, “art. 2050”, 518 y ss. La idoneidad e integridad de las medidas que se requiere que el operador tome no debe interpretarse de manera absoluta, de lo contrario el contenido de este ensayo de liberación, en contraste con la formulación normativa, coinciden esencialmente con las circunstancias imprevisibles.

93 Cesare Salvi, “Responsabilità extracontrattuale (Diritto Vigente)”, (En *Enciclopedia del Diritto* XXXIX, 1187 y 1225, Milán: Giuffrè, 1988), 1233 y ss. “Por otra parte, (y confirma el criterio hipótesis irreductibilidad fallo general de la antigua técnica, 2043), la objetivación del parámetro diligencia [...] realiza en el art. 2050, la intensidad máxima, también en el sentido de que la parte llamada a responder, asumiendo, por ejemplo, que la actividad debe tomar la forma firme, es el que tiene el control de la actividad en el momento del daño, el único requisito previo objetivo de la falta de medidas de protección adecuadas, sin que él tuviera suficiente, con el fin de obtener la exención, que la prueba sea personalmente inocente”. “Derecho Civil y Comercial” y II. (Padova: Cedam, 1990), 330 y siguientes, que considera que el ensayo de liberación consiste en la prueba crítica de la ausencia de una relación causal) y los que, en cambio, le dan una posición intermedia entre la culpa y fortuita, teniendo en cuenta que él debe relacionarse con la debida diligencia técnica de la actividad del operador. Marco Comporti, “Esposizione al pericolo e responsabilità civile”, (Nápoles: Ediciones Políticas Italianas, 1965), 58 y ss. Marco Comporti, “Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (arts. 2049-2053). (En *Il Codice Civile*. Commentario, coord. Pietro Schlesinger, Milán: Giuffrè, 2009), 209.

94 Así que en salir con Cass. Civ., Sent. 5 diciembre de 1961, n. 2766, que, en Foro, 1962, 1, 468 ss, con la nota de C. Branca, “El alquiler de coches y actividades peligrosas”; Cass. Civ., Sent. 7 julio de 1974, n. 1777, in Foro ella, 1964, 7, 1359 ff.; Cass. Civ. 6 de octubre de 1976, n. 3317, en Resp. Civ. y prev., 1977, 836 y ss.

95 Ver. Cass. Civ., Sec. VI, enviado. 5 de julio de, 2017, n. 16637, en dejure.it, recordando Cass. Civ., Sec. III, enviado. 17 de diciembre de 2009, n. 26516, cit: “A pesar de la redacción de la prueba de liberación, la más reciente doctrina y la jurisprudencia (Cass 04/05/2004, n 8457), que este tribunal considera a unirse, argumenta que la responsabilidad es de carácter objetivo, teniendo en cuenta que subjetivamente (en especial si el operador es un contratista) el responsable no puede tener ningún tipo de culpa en el fracaso para hacer todas las medidas apropiadas”.

culposa se limitaría a considerar una circunstancia de mera relevancia fáctica, es decir, la trazabilidad causal del daño, según un juicio “puramente tipológico que consiste en determinar si el evento que se ha producido pertenece o no a la serie de los que el criterio de imputación adscribe a una cierta esfera del sujeto por su simple acontecer”.<sup>96</sup> Sin embargo, no se puede callar la frecuente presencia de una pluralidad de pronunciamientos que se refieren a la previsibilidad del daño, de modo que la monolítica impostación nominal sobre la naturaleza de dicha responsabilidad está oculta en la práctica con el uso de categorías típicas de la responsabilidad por culpa.

Por último, para completar el cuadro relativo al art. 2050 del CC, debe hacerse referencia a una extensión normativa del ámbito de aplicación de dicha disposición. El art. del Decreto Legislativo 196 del 30 de junio de 2003, (Código de la *privacy*), de hecho, prevé expresamente que “cualquier persona que causa daño a otro como resultado de los datos personales tiene la obligación de pagar daños y perjuicios en virtud del art. 2050 del Código Civil”.<sup>97</sup> En realidad, dicha disposición ha despertado algunas observaciones en el terreno de los criterios de imputación, sobre todo porque el referente subjetivo de tales hipótesis especiales de responsabilidad es un sujeto indeterminado (“cualquiera”) y no el “responsable” del tratamiento como sujeto cualificado. Además, la referencia indirecta a la prueba liberatoria de “haber tomado todas las medidas apropiadas”, ayuda a aclarar cómo la adopción de las medidas mínimas de seguridad no es suficiente para eximir al dañante de responsabilidad. Por el contrario, la remisión al art. 2050 del CC ha sido considerada como funcional para la creación de un sistema riguroso, dirigido a “estimular la adopción de medidas de seguridad de los datos al paso del progreso técnico, incluso sin tener en cuenta los costos económicos de la operación”.<sup>98</sup> Por lo tanto, el reenvío al art. 2050 del CC de dicho cuerpo sectorial puede contribuir a una mejor comprensión de los confines actuales de la misma disposición del código. El reenvío expreso al régimen de ejercicio de la actividad

96 Así que en la mencionada Cass. Civ., Sec. III, enviado. 17 de diciembre de 2009, n. 26516.

97 Cf., La protección de los datos personales. Comentario d. LGS. 30 de junio de 2003, n. 196, I, Bianca, Massimo y Francesco Donato Busnelli, coords. *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, I. Padua: Cedam, 2007, esp. Giovanni Comandé, Art. 15 (revisión), 362 y ss.

98 Giovanni Comandé, art. 15 (revisión), en la protección de datos personales. Comentario d. LGS. 30 de junio de 2003, n. 196, I, editado por Cesare Massimo Bianca y Francesco Donato Busnelli, (Padova: Cedam, 2007), 376.

peligrosa, de hecho, tiene como propósito dejar a la jurisprudencia la tarea de definir el contenido de la prueba liberatoria, a la luz de la evolución técnica, y de crear una ventaja probatoria a favor de la víctima<sup>99</sup>, con lo cual recae en el art. 2050 del CC el compromiso más eficaz entre la objetivación de los criterios de atribución y la evaluación de la diligencia técnica requerida.

La discusión de una medida más modesta, pero de un espesor dogmático similar, también puede ser vista de acuerdo a los artículos subsiguientes: art. 2051 CC y art. 2052 CC, respectivamente, en relación con la responsabilidad derivada de los daños causados por las cosas o animales en custodia, responsabilidad que recae sobre el sujeto materialmente custodio a menos que no se pruebe el caso fortuito.<sup>100</sup> En tales casos, la parte lesionada debe probar la existencia de una relación de custodia entre la cosa o el animal y la persona demandada, así como la relación causal entre el hecho dañoso y el bien en custodia. Aunque sí existe un consenso mayor sobre el carácter objetivo de la responsabilidad<sup>101</sup>, es cierto que no faltan voces disonantes autorizadas que tienden a destacar que en los hechos, la aplicación concreta de estas reglas, aún bajo el verso de la responsabilidad objetiva, traiciona el alma culpable.<sup>102</sup> En realidad, la propia prueba del caso fortuito, formulada en términos de un evento totalmente imprevisible e inevitable, recurre a categorías propias de una imputación subjetiva de la responsabilidad en cuestión. Si “la máxima jurisprudencial que establece el carácter objetivo de la responsabilidad por daños de cosas da por descontado que el Código Civil italiano haya consagrado esta responsabilidad como objetiva y explica que la prueba del fortuito, concedida al dañante por el art. 2051 del CC, no valdría para excluir la culpa sino la relación de causalidad”,<sup>103</sup> esas mismas sentencias encuentran el

99 Ibid., 384 y ss.

100 En referencia a estas disposiciones, ver, Franzoni, “art. 2050”, 544 y ss.

101 Véase, por ejemplo, Salvi, “La responsabilità civile”, 1227: “El perfil de comportamiento responsable es en sí mismo ajeno a la estructura imputación; no puede ser presentada de nuevo a través de la figura de la presunción de culpa, por falta de diligencia en la custodia”. Ver también Alpa, “Responsabilità oggettiva”, 971, y Massimo Comporti, “Fatti illeciti: le responsabilità presunte”, (En *Código Civil*. Comentario, editado por Pietro Schlesinger, Milán: Giuffrè, 2009), 97 y ss.

102 Massimo Bianca, “Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose”, (*Giustizia civile*, 2010), 19 y ss.

103 Bianca, “Qualche spunto critico”, 20 y siguientes, pero también Cass. Civ., Sec. III, enviado. 20 febrero de 2006, n. 3651, de *Giustizia Civile*. Línea 24 de agosto de 2015, con una nota de Stefano Alberti, “La responsabilidad por las cosas en la custodia, la causalidad y de caso fortuito”: La prueba de las preocupaciones fortuitas, continuación,

caso fortuito en el evento que tiene los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad”, pero ello “quiere decir precisamente establecer la ausencia de culpa del autor del daño, determinar que este no podía prever el daño sobre la base de los conocimientos que normalmente se requiere en relación con el tipo de actividad que ejerce ni podría evitarlo con el empleo de las precauciones normalmente adecuadas en relación a la misma”. De ello se deriva, por tanto, un cuadro complejo dado que, junto a los criterios objetivos de la existencia de una relación de custodia, de producirse un daño y la relación causal entre el propio daño y el “hecho” de la cosa o animal, admite la prueba de parte del presunto autor de la imprevisibilidad del hecho acaecido.<sup>104</sup>

Una hipótesis límite se encuentra prevista en el art. 2053 de CC, que establece que “el propietario de un edificio u otra construcción es responsable de los daños causados por su ruina, a menos que pruebe que esto no se debe a la falta de mantenimiento o construcción de defectos”.<sup>105</sup> En este caso, a diferencia de los anteriores, el responsable es identificado en el propietario del inmueble, no en el sujeto que tenía el uso o la disponibilidad material. Además, la prueba liberatoria está más articulada y en realidad y efectivamente tiende hacia la responsabilidad objetiva, ya que el propietario

---

en lugar al perfil de la falta de culpabilidad (cf. Cass 24 de mayo de 1997, n. 4632), que también surge de hecho argumentando imprevisibilidad y la inevitabilidad del evento que precisamente esta falta aplica sustancialmente para dar fe, en lugar de, así como principalmente se afirma, a la falta de causalidad (v., más recientemente, Cass., 20 de octubre de 2005, n. 20317; Cass, 15 de marzo de 2004, n 5236; Cass. 20 julio de 2002, n. 10641; y el mismo Cass. 1 de octubre de 2004, n. 19653). Y, como en la doctrina también se ha señalado con autoridad a cabo, no es dejar de ver que los criterios de causalidad son otros y diferentes al juicio de la atención (habiendo tomado todas las medidas apropiadas). El argumento de que la fortuita es relevante en relación con la interrupción de la causalidad de hecho refutado cuando, en el prefacio de la extrañeza del comportamiento, el cuidador de la estructura es estándar del arte. (V., Más recientemente, Cass., 20 de octubre de 2005, n. 20317) 2051 del CC, el propósito de las pruebas pertinentes que termina solicitar y evaluar nada más que lo que el presunto autor debería haber hecho y no lo hizo, para evitar el daño. En este orden de ideas, la prueba del resuelve en fortuitas, continuación, en el suelo de la comparación entre el esfuerzo diligente en el caso concreto de vencimiento y la conducta mantenida. En la demostración, en esencia, que han mantenido una tubería caracterizado por la ausencia de fallo. Si dicha evidencia no es proporcionada por el presunto autor, se deduce la no liberación de cantidades cobradas presuntamente colocar la responsabilidad por su parte, que en este mismo camino en términos de coherencia sistemática no puede considerarse de otro modo en base a un juicio de culpabilidad (objetivo)”.

104 Busnelli, “Illecito civile”, 24, ss. El autor sugiere un acercamiento a los artículos 2051 y 2052 del CC e incluso el 2050 porque, a pesar de la diferente formulación de la prueba de liberación literal, en la práctica es la asimilación deseable, dado que los respectivos campos de aplicación son “adyacentes y mal definidos”, para el que una diferencia en la disciplina de hecho, sería difícil de justificar.

105 Ver, en general, Massimo Franzoni, “Art. 2053 del CC”, (En *Commentario del codice civile Scialoja*, Branca, Francesco Galgano coord., 622. Bologna: Zanichelli. 1993), 622 y ss. “La disposición puede ser considerada como una hipótesis especial que el previsto 2051 del CC ya que se refiere a un tipo especial de comercio, de propiedad, y por el modo peculiar de la producción del daño, es decir, el colapso”.

no puede liberarse si no es proporcionando la prueba negativa de que el daño no se debe a su propio vicio de mantenimiento y, sobre todo, de un defecto de construcción (elemento que obviamente no se refiere al propietario si no en su objetividad).<sup>106</sup>

Al lado de este primer grupo de este caso, que se caracteriza por el hecho de que la responsabilidad se atribuye a una persona en virtud de su situación jurídica de propiedad, custodia, uso o ejercicio respecto a un bien o una actividad fuente de riesgo, se encuentra en el Código Civil de 1942 otro conjunto de reglas que se distinguen de otro modo de la regla general del art. 2043 del CC. Se puede hacer referencia, en general, a la categoría de la responsabilidad por hecho de otros, en la cual se verifica una desalineación entre sujeto agente y sujeto obligado al resarcimiento. Incluso con el recurso a las ficciones de la culpa *in vigilando*, *in educando* o *in eligendo*<sup>107</sup>, se debe observar cómo los criterios de imputación sufren en este campo una progresiva objetivación, aún a causa del redimensionamiento o de la neta eliminación de la prueba liberatoria, que se encuentra formulada “en negativo”. Se trata de una serie de casos en los que, con el fin de garantizar mejor a la víctima, se crea una obligación legal de pagar una compensación en manos de diferentes sujetos distintos del autor material del daño, identificados en virtud de la calificación determinada por su relación con el autor del hecho.<sup>108</sup> La primera disposición a la que puede hacerse referencia es el art. 2047 del CC, sobre la responsabilidad de los daños causados por la persona incapaz de entender y querer. En estos casos, el resarcimiento será debido “por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, a menos que demuestre que no pudo impedir el hecho”.<sup>109</sup> En la aplicación práctica se tiende a creer que este es un caso de responsabilidad directa del supervisor, agravada por una presunción de culpabilidad,

106 Así, por ejemplo. Cass. Civ., Sec. III, enviado. 5 de agosto de 2014, n. 18168, en *dejure.it*, que establece que la responsabilidad en virtud del art. 2053 del CC, cae sobre la persona que tiene la propiedad del activo y el trabajo “objetivamente si la caída se debe a un defecto de mantenimiento o defectos en la construcción”. Ver, en particular, Cass. Civ., Sec. III, enviado. 21 de enero 2010, n. 1002, en *Giust. civ.*, 2010, 3, 1, 559 y ss.

107 Ver, Busnelli, “Illecito civile”, 3: se trata de “que han permitido presentar artificialmente como fundado en la culpabilidad hipótesis de responsabilidad que claramente ignora cualquier referencia subjetiva a la diligencia del gerente”.

108 Busnelli, “Illecito civile”, 20 y ss.

109 Ver, en general, Massimo Franzoni, “art. 2047 del CC”, (En *Commentario del codice civile Scialoja, Branca*, Francesco Galgano coord., 326. Boloña: Zanichelli, 1993), 326 y ss. Tradicionalmente se suele incluir esta disposición en el contexto de “responsabilidad indirecta”, aunque en realidad es más correcto asumir que este es un caso complejo, en el que este es sin duda un elemento de responsabilidad por su propia cuenta. Véase también Massimo Comporti, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, en el Código Civil. Comentario editado por Pietro Schlesinger

por lo que será el supervisor quien tiene que demostrar que el hecho en cuestión se produjo a pesar de su cuidadosa observancia del deber de vigilancia.<sup>110</sup>

Es necesaria una precisión sobre la existencia de dicho deber. En el caso en el cual el incapaz sea un menor de edad, de hecho, dicha posición recae directamente sobre el padre o tutor. En cambio, en el caso que el incapaz sea un mayor de edad, surge el problema “social, incluso antes que jurídico”<sup>111</sup>, para entender dónde deba recaer el daño. En efecto, si el enfermo no ha sido confiado a una estructura sanitaria y no se encuentra un sujeto que haya asumido voluntariamente la custodia, no será posible considerar a ninguna persona responsable. Con lo cual, se entiende el significado del art. 2047 del CC, numeral 2.<sup>112</sup> En el caso en el que la víctima no logre obtener un resarcimiento bajo el numeral 1, podrá obtener del juez una indemnización equitativa de parte del autor del hecho. Se configura, por tanto, una obligación indemnizatoria, que no solo no requiere dolo o culpa, sino que prescinde hasta de la imputabilidad del agente. Por razones de equidad las consecuencias dañosas de simple hecho se adscriben al sujeto que lo hizo.

Paralela a la precedente se encuentra la norma del art. 2048 CC., que regula la responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros de arte respectivamente por el hecho cometido por el menor no emancipado, por la persona sujeta a tutela, por el estudiante o aprendiz: la diferencia respecto al art. 2047 consiste precisamente en la presencia, en cabeza del dañante, de la capacidad de entender y querer, de manera que sea responsable a título personal por el hecho ilícito cometido, ". La discriminación con respecto al art. 2047 del CC consiste precisamente en la presencia, en la cabeza al autor del daño, de la capacidad de entender y querer, por lo que ya es responsable personalmente por el hecho ilícito que ha cometido. Por tanto, la función de la previsión está vinculada a la necesidad de poner al lado del autor del ilícito, incapaz legalmente, una obligación solidaria, identificada en el padre, tutor o preceptor, con el fin de

(Milán: Giuffrè, 2009), 97, y ss: La responsabilidad del supervisor es la responsabilidad de su propia acción, ya que solo una persona reportó evidencia de desprendimiento adecuado para superar la presunción de responsabilidad.

110 Ver Cass. Civ., Sec. III, enviado 26 de enero de 2016 n. 1321, en *Giustizia Civile* Mass., 2016, y Cass. Civ., Sec. III., Sent. 16 de junio de 2005, n. 12965, en *Giust. Civ.*, 2006, 1, I, 72 y sigs.

111 Así Cass. Civ., Sec. III, enviado. 26 de enero de 2016 n. 1321, antes citado.

112 Ver Comporti, “Fatti illeciti”, (arts. 2044 a 2048), 176: es el segundo párrafo de la norma para incorporar la mejor antelación, sobre la responsabilidad de los daños causados por la persona incapaz.

garantizar mejor el resarcimiento a la víctima.<sup>113</sup> Sin embargo, en la práctica se ha dado una interpretación diferente de la norma, que encuentra en la culpa *in educando* el fundamento de la responsabilidad del padre o del tutor.<sup>114</sup> No obstante la formulación de la prueba liberatoria, como demostración de que no pudo impedir el hecho, se considera que en la práctica

los padres deben demostrar que han impartido a los hijos menores de edad una educación adecuada, de acuerdo a lo que sucede normalmente y de acuerdo a las reglas idóneas para prevenir comportamientos socialmente perjudiciales para sí mismos y para terceros. La jurisprudencia ha precisado que se trata de una prueba que se articula en positivo. Esto significa que los padres deben, más bien, aportar la prueba de haber ejercido una actividad correcta de vigilancia sobre la conducta de los menores y de haberles impartido una educación dirigida al respeto las reglas propias de la sociedad civil.<sup>115</sup>

Finalmente, una hipótesis ulterior que recae en este bloque se encuentra en el art. 2049 del CC, que establece la responsabilidad de los propietarios y contratistas por los actos cometidos por los equipos auxiliares en el cumplimiento de sus tareas.<sup>116</sup> La disposición integra con mayor propiedad una hipótesis de responsabilidad objetiva, ya que no contiene prueba liberatoria, pero es necesario especificar sus elementos constitutivos. En efecto, dicha disposición requiere el cumplimiento de un hecho ilícito en virtud del art. 2043 del CC por parte del

113 Busnelli, "Illecito civile", 20. "La función de la norma es esencialmente la creación de una 'garantía legal' en las manos de las personas que, en virtud la posición revestida con respecto a dañar el material, se puede garantizar mejor la compensación persona lesionada por el daño sufrido".

114 Ver Caterina Murgo, "La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori: una conferma che invita alla riflessione", (Responsabilità civile e previdenza, 2, 2016), 541 ss, conocido a Cass. civ., Sec. III, enviado. 18 de de septiembre de de 2015, n. 18327. Véase también Massimo Franzoni, "art. 2048 del CC", (En *Commentario del codice civile Scialoja, Branca*, Francesco Galgano coord., 365. Boloña: Zanichelli, 1993), 365 y ss. La prueba de liberación en el art. 2048 del CC ha experimentado un giro significativo en su interpretación judicial, ya que la evidencia negativa de haber sido incapaz de evitar que un hecho es la demostración de una conducta positiva se sustituye, que consiste en la formación adecuada de los niños; de esta manera, de hecho, está conectado a este esquema a las tareas y responsabilidades que caen sobre los padres (art. 315 cc-bis y ss.). Y hemos tratado de abordar las cuestiones críticas derivadas del deber de vigilancia para cd. "Gran menor" (con respecto a la cual, de hecho, la vigilancia no puede, que es necesario aflojar, pero para los que se puede, de hecho, lleva a cabo una evaluación de la adecuación de la educación impartida).

115 Murgo, "La responsabilità dei genitori", 544 y ss.

116 En cuanto a la responsabilidad de los auxiliares de ver Grazia Ceccherini, "Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità", (En *Il codice civile. Commentario*, Pietro Schlesinger, coord. Milán: Giuffrè, 2016). También informó, en general, las disposiciones de los artículos. 1228 y 1229 del CC, en términos de responsabilidad contractual.



auxiliar.<sup>117</sup> En el caso, el art. 2049 del CC determina el surgimiento *ex lege* en cabeza del empleador de una obligación de pagar daños y perjuicios. El fundamento de dicha obligación no debe encontrarse en un reproche a título de culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*, pero reside esencialmente en la exigencia de una mejor protección de la víctima, que se garantiza mediante la agravación de la posición del preponente que se vale, en sus propios intereses, de la obra de los causantes del daño (en virtud, por tanto, del principio por el cual *cuius commoda eius et incommoda*).<sup>118</sup> La interpretación de estos supuestos en la práctica es muy rigurosa. En realidad, se requiere la prueba de que el sujeto causante del daño se encuentre inserto, incluso ocasionalmente, en la organización empresarial y que exista un vínculo entre el daño causado y las tareas realizadas por el sujeto. Dicha relación se reduce a la mera ocasionalidad necesaria, por lo que no se requiere que el daño se conecte específicamente a las tareas asignadas, pero destaca exclusivamente la contingencia entre el desarrollo del encargo y la producción del daño a los terceros.<sup>119</sup> Para completar el cuadro, debe tenerse en cuenta que al preponente se le ha reconocido siempre el derecho de repetición contra el autor del daño responsable del ilícito, por lo que solo sobre este último, de acuerdo al art. 2043 CC, recaen las consecuencias del hecho dañoso.<sup>120</sup>

Una hipótesis concluyente y peculiar consiste en el supuesto que prevé el art. 2054 del CC, que encarna los diferentes criterios de imputación contenidos en las normas anteriores. En realidad, la disposición, relativa a circulación de vehículos, crea una pluralidad de regímenes de responsabilidad.<sup>121</sup> El numeral 1 del art. 2054 del CC establece que el conductor es responsable de los daños causados por

117 Francesco Donato Busnelli, "la voz Abuso civil", (En *Enciclopedia Jurídica*, XVII, Roma: Treccani, 1991), 21.

118 Ibid.

119 Así Cass. Civ., Sec. III, enviado. 31 de agosto del 2009, n. 18926, Nueva jur. CIV. Comm., 2010, 1, 185 y ss.

120 Así Cass. Civ., Sec. III, enviado. 5 de julio de, 2017, n. 16512, en *dejure.it* "en este caso en el art. 2049 del CIV, las dos partes, el propietario y el empleado, que responden a los títulos distintos, pero solo uno de ellos es el autor del daño, no hay la posibilidad de competencia en la producción del hecho dañoso y la consiguiente carga de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 2055. Al no ser configurable ninguna contribución causal de la directora para la verificación de los daños, la empresa conjunta y solidariamente hacia la responsable principal víctima de los actos de otra persona puede actuar el recurso contra el autor real para el conjunto y no en proporción. En este sentido se orienta a la jurisprudencia de esta Corte".

121 Véase, para una discusión sobre la evolución y la singularidad de esta disposición, Massimo Franzoni, *Arte 2054 del Código Civil*, el *Código Civil Comentario Scajola - Branca*, curada por Francesco Galgano (Bologna: Zanichelli, 1993), 642 y ss.

el movimiento del vehículo, salvo que no pruebe “haber hecho todo lo posible para evitar el daño”. Se trata, evidentemente, de una previsión paralela y especial respecto al art. 2050 del CC. El numeral 3, sin embargo, afirma que el propietario del vehículo es responsable solidariamente con el conductor, a menos que pueda demostrar “que la circulación del vehículo se ha producido en contra de su voluntad”. Por tanto, se crea una especie de responsabilidad por hecho de otro, que recae sobre el sujeto titular de la “vigilancia” sobre el bien. El numeral 4 reclama expresamente la formulación del art. 2053 del CC al prever que el conductor y el propietario son responsables no solo de los daños producidos por la falta de mantenimiento, sino también por defectos de construcción. Finalmente, el numeral 2 de la disposición introduce un elemento adicional de interés, que establece que, en caso de una colisión entre vehículos, se presume, hasta que se demuestre lo contrario, un concurso en la producción del daño.<sup>122</sup>

Este recorrido breve sobre los supuestos especiales de responsabilidad permite delinear algunas conclusiones relativas a los criterios de imputación utilizados. En primer lugar, se puede observar que la derogación respecto al modelo de la responsabilidad por culpa solo es posible en presencia de una serie de hipótesis estrictamente tipificadas. Además, cabe señalar que tales casos no se encuentran exclusivamente en el terreno de la responsabilidad “de empresa”, sino que corresponden a una pluralidad de necesidades sociales, incluso solidarias, de alocaión del “costo” de hechos lesivos.<sup>123</sup> En segundo lugar, que hay que subrayar la extrema diversidad de los criterios utilizados que no se reducen del todo a la categoría de imputación “por riesgo”. Pese a ello, se puede decir que los diversos casos se alinean por la adscripción de la responsabilidad al sujeto titular que posee el poder o el deber de control o de intervención sobre la fuente potencialmente dañina. Además, también es necesario hacer hincapié en las técnicas legislativas utilizadas. En efecto, en casi todos los casos, la formulación de la norma confía a la inversión de la carga de la

122 La naturaleza polifacética de la provisión. Cf., Busnelli, “Illecito civile”, 23 y ss.

123 Las instancias doctrinales creen que, para un progreso consumado de la responsabilidad objetiva con la legislación italiana, sería aconsejable la emancipación de pensamiento del contexto de las categorías generales, a favor de una abstracción del problema en la distinción entre las actividades biológicas y económicas, como ocurrió en paralelo en cuanto al contrato. Así, por ejemplo, Vincenzo Roppo, “Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse”, (*Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2008), 292. Contra Guido Alpa, “Responsabilità d'impresa”, (En *Digesto delle discipline privatiste*, Agg. IX, 560-594. Turín: Utet, 2014), 560 y ss. y en parte 594 “tendría mayor sentido [...] la elaboración de una norma general de responsabilidad por riesgo y por lo tanto de la responsabilidad objetiva”.

prueba la tarea de facilitar la posición de la víctima y siempre en casi todos los casos, dicha inversión se refiere precisamente a la prueba del elemento subjetivo, a veces acompañándose también a un endurecimiento del mismo. En esencia, el *favor* para la víctima del ilícito se concreta en la predeterminación de un sujeto responsable y en la presunción de ciertos elementos constitutivos del supuesto, pero no se excluye que en la dinámica procesal el “presunto responsable” pueda aportar prueba en contrario, de acuerdo con un esquema calificable como una responsabilidad “agravada”, en lugar de “objetiva”. Por otra parte, el contenido de esa prueba en contrario juega un papel decisivo en la identificación de los límites reales de la responsabilidad por culpa. Con una doble operación hermenéutica, es necesario no dejarse engañar por cualificaciones nominales para mirar el corazón del problema, verificando la sustancia de la pruebas requeridas y solo después, denominando correctamente el tipo de la responsabilidad.<sup>124</sup> Es evidente que la jurisprudencia reciente “traiciona el asombro que aún impregna el derecho viviente en la afirmación indubitable de la responsabilidad sin culpa”.<sup>125</sup> En efecto, en una pluralidad de hipótesis, se considera que se debe desarrollar una evaluación de evitabilidad y previsibilidad del evento dañoso que no es plenamente coherente con la presunta naturaleza objetiva del título de responsabilidad. Frente a esto, no se puede negar que precisamente en esta evaluación se encuentre el problema opuesto, es decir, un escrutinio muy riguroso, una tendencia a la objetivación de las categorías. Se ve, por lo tanto, cómo precisamente en la práctica aplicativa de la norma se verifica una ósmosis frecuente entre “por culpa” y “sin culpa”, hasta el punto que es legítimo preguntarse, con un propósito no solo descriptivo sino también propositivo, cuál sea el significado actual que debe darse a los términos tales como el de culpa, riesgo y responsabilidad objetiva. Por otra parte, para aumentar la complejidad del cuadro intervienen las hipótesis de *plurisoggettività*, que, como se ha visto, son quizás las únicas que crean hipótesis de responsabilidad propiamente objetiva en cabeza del

124 Alpa, “Responsabilità oggettiva”, 965.

125 Vincenzo Roppo, “Responsabilità oggettiva”, 298. “en relación con un determinado caso de responsabilidad nominalmente basado en la culpa, es suficiente que la culpa misma se construya en términos particularmente estrictos, para que aquel supuesto se deslice –desde un punto de vista operacional y de hecho– hacia el campo de la responsabilidad objetiva, o incluso vicaria. E inversamente: si respecto a un supuesto formalmente denominado en términos de responsabilidad objetiva, se concede una prueba liberatoria muy generosa, y referida a determinada modalidad de conducta del agente, ¿no será realista decir que el caso en cuestión se inclina fuertemente hacia el campo de la responsabilidad por culpa?”.

sujeto que es identificado por la norma como responsable civil, aunque no sea el autor del ilícito. Incluso en estos casos, además de la norma general del art. 2055 del CC sobre responsabilidad solidaria, es necesario distinguir dos niveles. Frente a un régimen de responsabilidad solidaria constituida a favor de la víctima, en las relaciones internas encuentran espacio amplio las valoraciones destinadas a hacer recaer, siempre que sea posible, el ilícito en proporción a la culpa correspondiente; de modo que, en definitiva, disposiciones como la del art. 2049 del CC tienen el resultado de trasladar sobre el sujeto preponente no el daño, sino la carga de hacer valer la responsabilidad del dependiente configurada con base en el art. 2043 del CC.

Por último, en las hipótesis indemnizatorias como la del art. 2047 del CC, numeral 2, la objetividad de los criterios utilizados se compensa con una cantidad reducida de la suma que corresponde a la víctima, parametrada de acuerdo a la equidad. En la indemnización en la hipótesis como la del art. 2047 co. 2 del CC, la objetividad de los criterios utilizados se compensa con una cantidad reducida de la suma que se pagará a los heridos, parametrizado de acuerdo con la justicia. La indemnización en la hipótesis como la del art. 2047 co. 2 del CC, la objetividad de los criterios utilizados se compensa con una cantidad reducida de la suma que se pagará a los heridos, parametrizado de acuerdo con la justicia.

Los principios de imputación de la responsabilidad civil en el Código Civil de 1942, por tanto, son múltiples y se equilibran con diferentes resultados y exigencias de naturaleza diversa, sin limitarse a la eficiencia económica en la asignación de los costos del daño, sino teniendo en cuenta las instancias de equidad y solidaridad.

Por lo anterior, en el ordenamiento italiano y, sin dejar de lado los problemas críticos resaltados,

el universo de responsabilidad no se divide y no se agota en un campo blanco, la responsabilidad por culpa, y en un campo negro, la responsabilidad objetiva. Estos dos esquemas de responsabilidad son solo los títulos, inicial y final, de un *continuum* a lo largo del cual, al blanco de partida le suceden gradualmente grises primero más claros y luego de intensidad intermedia y luego, progresivamente, cada vez más oscuros que finalmente desenlazan en el negro del extremo opuesto.<sup>126</sup>

126 Roppo, "Responsabilità oggettiva", 298.

## EL PARADIGMA CONSENSUAL DE LA YUXTAPONICIÓN DEL TÍTULO Y EL MODO

Diego Fernando Monje Mayorca

### Introducción

Una de las mayores polémicas doctrinales de cada país consiste en entender claramente el sistema de traslación del derecho de propiedad y de los demás derechos reales que los gobierna, en razón de lo cual el contrato de compraventa ha sido la herramienta experimental predilecta de los juristas para demostrar sus diversos criterios al respecto, máxime si su causa o finalidad es lograr traspasar el dominio al comprador utilizando diferentes modos o momentos desde tiempos remotos. A Colombia, que no está exenta de dicho problema, le ha sido difícil unificar su postura frente al procedimiento de la asignación de los bienes por dos razones principales, en la mayoría de los casos compartidas por otras naciones latinoamericanas: 1) Aunque nos unen aspectos culturales, socioeconómicos y políticos, a la vez nos separa el hecho que al interior de cada país el derecho privado ha sido influenciado por diferentes sistemas jurídicos tales como el germánico, el francés y el español, que interpretan cada uno a su manera la teoría jurisprudencial antigua romana del traspaso de la propiedad. 2) Producto de lo anterior es la evidente mixtura ideológica de algunos códigos civiles y códigos comerciales al utilizar despreocupadamente las expresiones: *dar*, *entregar*, *transmitir* y *transferir*, para

describir el traspaso de la propiedad en contratos como la compraventa sin medir las consecuencias de índole interpretativa que ello acarrea.

Por ejemplo, el alcance que tiene en Colombia la expresión “dar” del Código Civil (CC), particularmente en la definición del contrato de compraventa, ha causado bastantes discusiones. Al respecto se han entrelazado dos teorías: la primera, sostiene que la expresión “dar” del CC no significa tan solo “entregar”, sino que exige la transferencia del dominio del bien; y la segunda, sostiene que “dar” es sinónimo de “entregar”, lo que significa que el vendedor satisface su obligación haciendo entrega de la cosa y garantizando, posteriormente, la posesión pacífica de la cosa.<sup>1</sup> En este punto, el debate doctrinal continúa vigente hasta tanto el legislador consagre el alcance y significado de la expresión “dar” en el CC. En el Código de Comercio se intenta superar la discusión jurídica, pues en el art. 905 del estatuto mercantil se estableció que la compraventa es un contrato en el que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad. Esta expresión aparentemente pretende describir la entrega de la cosa y la transferencia de la propiedad de la misma en el acto de comprar y vender.

Así pues, los conceptos de transmisión o transferencia están más sintonizados con el derecho contractual vigente. En cambio, la expresión “dar” del CC se limitó a acoger los lineamientos del derecho romano, donde tan solo se procuraba a la otra persona la libre posesión y el disfrute pacífico y completo de una cosa determinada.<sup>2</sup> La transferencia de la cosa se perfila como un concepto más moderno, que tiene dos alcances muy precisos: la entrega real y material y la transmisión del dominio libre de todo vicio. Así las cosas, en una redefinición del contrato de compraventa, cuyo horizonte sea la armonización y unificación del derecho contractual colombiano, no pueden admitirse ambigüedades jurídicas de ningún tipo<sup>3</sup>, que, a la postre, se traducen en una fuente constante de pleitos para los operadores económicos.

1 Cf. José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008), 1-3. En conexión, véase también Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala Civil, sentencia del 2 de septiembre de 1970. Diego Fernando Monje Mayorca, *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisonomía* (Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2015), 46.

2 Vid., entre otros, Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, (Buenos Aires: Editorial Albatros, 1985), 481.

3 El derecho contractual contemporáneo está concebido para hacer posible una convivencia justa en el comercio y los negocios y no para abusar de la posición de dominio en el mercado. En este orden de consideraciones, el

•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

Por consiguiente, mantener legalmente dos definiciones normativas de compraventa con dos verbos rectores ocasiona que continúen aflorando dudas académicas no solo sobre la naturaleza técnica o el significado dogmático del sistema de transferencia de la propiedad, sino también persistirá una falta de lucidez acerca del antecedente legislativo<sup>4</sup> de este contrato más acorde a la ley nuestra, una deficiencia de amparo de la voluntad y el tráfico jurídico<sup>5</sup>, además de una relación poco pertinente con la “tradición”.

En nuestro criterio, lo más conveniente es armonizar y unificar este concepto en ambos códigos. Pensamos que si bien es cierto que el contrato de compraventa colombiano se perfecciona por el acuerdo de voluntades y que supuestamente por sí solo no transmite el derecho real de propiedad, se vuelve necesario estudiar la interrelación actual de un acto jurídico que se perfecciona con la sola declaración de la voluntad (compraventa) con otro acto jurídico consensual que necesita adicionalmente la entrega material de una cosa para su cumplimiento (tradición). Por consiguiente, lo que intentaremos analizar es si, existiendo dos definiciones legales de contrato de compraventa diferentes en sus verbos rectores, esto ocasiona que el hecho jurídico que intenta describir la norma de procurar el vendedor la adquisición de la propiedad y/o la posesión pacífica de la cosa vendida a favor del comprador no concuerde con la realidad, por lo que entonces ¿será necesario formular un nuevo concepto que incorpore una solución moderna encaminada a lograr interpretar mejor la finalidad traslativa de la venta en el derecho privado colombiano?

---

contrato también cumple una función social en los términos del artículo 58 de la Constitución Política de 1991.

4 Sea romano del periodo clásico, posclásico, francés, alemán, español o mixto (franco-germánico, ibero-germano, o germánico-romano). Vid. Álvaro Pérez Vives, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, (Bogotá: Temis, 1953), 249 y ss; Jaime Rodríguez, *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, (Bogotá: Lerner, 1960), 89 y ss; Arturo Valencia, *De los contratos*, (Bogotá: Temis, 1975), 61 y ss; César Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles*, (Medellín: Diké, 1983), 62 y ss; Alberto Tamayo, *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2004), 24 y ss; Vid., v.gr., Alejandro Bonivento, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, (Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008), 5 y ss; y, Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones, concepto estructura vicisitudes* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, T. I., 2002), 119 y ss.

5 Consúltense comentarios de Miguel Pasquau Liaño, *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroument*, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008), 375.

## Antecedentes

Antes de 1804 el sistema de traspaso de la propiedad implementado por España a sus colonias de Centro y Suramérica fue netamente de stirpe romana justinianeas o de derecho bajo medieval.<sup>6</sup> El Código de las Siete Partidas (1256-1265 a. C.), seguidor de este pensamiento, estipulaba que el contrato de compraventa es consensual y obligacional, no imponiéndole al vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa, simplemente la de entregarla con todos sus accesorios, y al comprador el deber de pagar el precio.<sup>7</sup>

Promulgado el Código de Napoleón, el sistema del traspaso de los derechos reales sufre una radical transformación al igual que la interpretación o definición de la venta; el deslumbrante sistema de transmitir la propiedad por el solo consentimiento seduce una gran porción de los antiguos países europeos y las nuevas naciones latinoamericanas.<sup>8</sup> El significado romano de la palabra “dar” deja de representar en el Código francés la “obligación de transmitir” la propiedad con la entrega de la cosa, ya que en este nuevo Estatuto el solo contrato transfiere la propiedad por el mero traspaso posesorio en ausencia total de la tradición.<sup>9</sup> Algunos autores franceses de la época y posteriores<sup>10</sup> han criticado la intempestiva pos-

6 Cfr. Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, (Madrid: Tecnos, 1983), 239-240.

7 Véase otros antecedentes históricos en Monje Mayorca, Diego Fernando. “La búsqueda del espíritu traslativo de la compraventa consensual: un antiguo instrumento en la cultura jurídica latinoamericana para el fomento del comercio común. Cultura Latinoamericana”, (*Revista de Estudios Interculturales*, 2, 16, 2012), 63-67.

8 Sobre el particular comenta Fernando Hinestrosa, “El Código Civil de Bello en Colombia”, (*Revista de Derecho Privado*, 10, 2006), 6-7: “Avanzado el año de 1829, Bolívar, quien para entonces había asumido la plenitud de sus poderes, dispuso que una comisión examinara el Código de Napoleón para presentarlo con las reformas del caso al Congreso Constituyente [...]. Estos antecedentes nacionales corren parejos con la conocida iniciativa de don Bernardo O'Higgins en 1822, para Chile, de que se tradujera y pusiera en vigor el *Code Civil français*, común para entonces en la América hispana [...] explicable como reacción natural movida por el ánimo de afirmar la soberanía reciente, análogamente a como lo habían venido haciendo los nuevos estados nacionales europeos, acá, además, como ruptura con el régimen español abominado, en especial luego de la guerra a muerte, y en lo que hace al seguimiento del modelo francés, por el deslumbramiento general de aquí y allá produjo dicha codificación”.

9 Cf. Ambrosio Colin y Henry Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, (Madrid: Reus, T. II, Vol. II, 1941), 89 y ss: “La transmisión de la propiedad era entre los romanos una operación que se realizaba en dos tiempos. Entre nosotros se verifica de una vez, por el contrato mismo”.

10 En conexión confróntense comentarios de Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones* (México: Tribunal Superior del Distrito Federal, 2003), 87: “Así que la cosa que el deudor se ha obligado a dar, continúa en pertenecerle como antes, y el acreedor no puede llegar a ser su dueño, sino por medio de la tradición real o simulada que le haga el deudor en cumplimiento de su obligación”. En el mismo sentido expresa Louis Josserand, *Derecho civil: obligaciones y contratos T. II*, (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984), 58 y ss: “Sin embargo si se procede hacer un análisis riguroso, se descubren otras obligaciones que incumben también al vendedor; este



•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

tura del nuevo sistema haciendo sus propios análisis, entre los cuales se puede concluir que Francia retoma con el Código Napoleónico un sistema de transferencia de la propiedad romano clásico, casi inmemorial, con el que en un solo momento de entrega de la cosa se transmite instantáneamente la propiedad<sup>11</sup>, en oposición al imperante modelo de traspaso fundamentado en dos etapas: compraventa y tradición.<sup>12</sup>

El anterior hito histórico, controvertido para la época, causa que en el CC colombiano se adopte la polémica expresión “dar” insertada en la definición de compraventa y sinónimo de la palabra “entregar” del *Code Civil français* en paralelo con un sistema de transferencia de la propiedad que se apoya complementariamente en el negocio consumatorio de la tradición, que al parecer puede evitar eficazmente la vulneración de los derechos de terceras personas y el principio “*res perit domino*” (las cosas perecen para su dueño).<sup>13</sup>

La notable preocupación de don Andrés Bello de otorgarle a nuestro país una legislación civil cohesionada en materia del traspaso de la propiedad por la compraventa, lo condujo a la elaboración de un código mixto, que si bien tomó directamente principios del derecho romano posclásico, del Código Napoleónico, del Código Civil alemán (BGB) y del español, a fin de no incurrir en los mismos errores advertidos por los doctrinantes romanistas del siglo XVIII. Sin embargo, creemos que así mismo esa combinación de sistemas jurídicos puede ser el talón

---

debe: 1. *Transferir la propiedad* de la cosa, o más generalmente, derecho cedido; 2. Está obligado a *conservar* la cosa hasta el día de la entrega; 3. Debe efectuar la *entrega* [...]”.

11 Según Robert Joseph Pothier, *Tratado del contrato de compra y venta*, (Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger, 1841), 27. Se venía aplicando un derecho posclásico romano en el que la teoría del título y el modo era la pauta para la adquisición de los derechos reales, volviendo a acoger un concepto romano clásico inmemorial en el que el vendedor no precisamente estaba obligado a transferir el dominio, “es meramente arbitrario el principio por el cual los juriconsultos romanos, que el vendedor no está precisamente obligado a transferir el dominio, que esto no está tomado de la naturaleza, y que por lo mismo no debe seguirse en nuestra práctica[...]. El fundamento del principio de los juriconsultos está en la naturaleza del contrato y en los términos que en él se usan. Se dice que uno *vende*, y para expresar más esto se añade, que *se desapodera, desiste, quita, y aparta* á sí y a sus sucesores de cualquier derecho que en la cosa vendida puede tener; y esto indica solo la obligación de ceder los derechos que tenga sobre la cosa, y no la de transferir el dominio, si no lo tiene el vendedor”. Para mayor ilustración véase Juan Iglesias, *Derecho romano*, (Barcelona: Ariel, 2002), 155 y ss.

12 Al respecto *cf.*, por ejemplo, Diego Fernando Monje Mayorca, *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 10.

13 Cf. Henri Mazeaud, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte III, vol. III, (Buenos Aires: Europa América, 1962), 187 y ss.

de Aquiles para lograr un consenso jurisprudencial definitivo en la interpretación en la definición y efectos de la compraventa.

Después de ochenta y cuatro años, en 1971, se expidió el nuevo Código de Comercio colombiano que modificó la definición del contrato de compraventa sustituyendo la palabra “dar” por la de “transmitir”, como un loable intento de consolidar y poner fin, para algunos autores, a la discusión sobre el objeto y la causa de la venta, pero con una acentuada influencia del sistema italiano.

### **La relación de la compraventa y la tradición: evidencia de una consensualidad**

La compraventa colombiana no solo es un acto consensual por su misma naturaleza e historia, sino también por su relación complementaria con la capacidad natural de transmitir la propiedad mediante la entrega contenida en el contrato de tradición. El esquema de la teoría del “título y modo” exige el suceso secuencial de la unión de la voluntad de transferir un derecho con la de poseer una cosa. No obstante, al leer las dos definiciones de compraventa (civil y mercantil) y tradición (civil), siempre nos surgen dos tribulaciones que nos inquietan ¿dónde sucede realmente la transferencia de derechos y la entrega de la cosa vendida?, ¿qué tantas paridades tienen los significados de las palabras “transmitir” y “transferir” frente al alcance de la expresión “dar”?

La respuesta que de golpe hallamos en la reciente doctrina y jurisprudencia nacional es que la compraventa es un contrato que no tiene la facultad por sí mismo de trasladar la propiedad y que por lo tanto requiere de otro contrato denominado “tradición” para cumplir con su causa u objeto, explicación que para ser digerida necesita de un rodeo argumentativo sobre el propio eje de esta misma disquisición y que podemos resumir así: la compraventa es un negocio jurídico productor de obligaciones por el hecho de darse una disminución instantánea del patrimonio del vendedor al querer entregar una cosa, junto con la promesa de transferir el derecho de propiedad hacia el comprador dispuesto a recibirlo a cambio de un precio, con lo cual la venta se convierte en un contrato perfeccionado por el consentimiento<sup>14</sup> creador de varias obligaciones e imposibilitada para

14 Louis Josserand, “*Derecho civil*”, 39: “El consentimiento no es otra cosa que el acuerdo de voluntades con ánimo de crear obligaciones; su definición se confunde, pues, con la del contrato mismo” [...] “llega a su finalidad y no es constitutivo de contrato sino en cuanto reúne ciertas condiciones y se exterioriza, se concreta, de cierta manera”.

•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

transmitir o modificar derechos reales<sup>15</sup>, facultad que solo ostenta la tradición. Esta sobreexplicación de razones deja muchas cosas cómodas de comprender que se pueden igualmente condensar diciendo que la compraventa es un contrato “consensual, obligacional o dispositivo y oneroso” y que la tradición es otro contrato “consensual, constitutivo o real y gratuito<sup>16</sup>”, pero agrega otra inquietud mayúscula que debemos sortear antes de proseguir ¿qué sistema legislativo adoptan nuestros códigos Civil y Mercantil?

De primera mano podemos decir que nuestro derecho privado es un buen heredero de la teoría romana de la transmisión de la propiedad en el que el derecho personal adquirido por compraventa sufre una transformación posterior en la tradición, cosa que no ocurre en el sistema abstracto alemán que requiere la celebración de dos contratos y en el cual la compraventa no pasa de ser una sencilla relación jurídica obligatoria. Por tal razón nuestros códigos Civil y Mercantil son más susceptibles de adoptar el sistema de traslación directa del dominio en la unidad de contrato (francés) o el sistema de traspaso causal de la propiedad de unidad contractual con unión de los principios de la tradición<sup>17</sup> (holandés o español). Ahora, es importante manifestar que no descartamos rápidamente el sistema francés por una duda que surge al examinar el art. 1876 del CC que estipula, a pesar de su raíz romana, que “la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa[...]”, lo cual implica una consumación y transmisión de la propiedad al comprador por causa directa del contrato de compraventa, tal como pasa en el Código Civil de Francia. Si bien, por intermedio de los artículos 754 y 756 del Código Civil Colombiano se confirma la necesaria entrega o tradición posterior y además el Código de Comercio en su art. 929 designa que “en la venta de un ‘cuerpo cierto’, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor [...]”, resulta válido poder suponer que el codificador erró, o mejor

15 Vid., entre otros, Ernesto Wayar, *Compraventa y permuta*, (Buenos Aires: Astrea, 1984), 323.

16 Aspecto que explica Massimo Bianca, *Derecho civil: El contrato* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2007), 514.

17 Cf. Iglesias, “*Derecho*”, 178: “1. La entrega misma. 2. La voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad. 3. El fin práctico, de modo inmediato, motiva la entrega, y es reconocido por el Derecho como fundamento de la adquisición: *iusta causa traditionis*”.

sospechar que someramente coligió el “dar” o “entregar” con el “transmitir” a la luz del derecho romano clásico y francés.

Por lo tanto, podemos reconocer que el sistema que adoptan nuestros códigos Civil y Mercantil para la transferencia de la propiedad es el de unidad de contrato yuxtapuesto a la tradición, debido a que la relación que la “tradición” sostiene con el contrato de compraventa es causal; son dos negocios jurídicos independientes que conviven con el objetivo de concretar eficazmente el traslado de la propiedad. La compraventa le otorga una justa causa<sup>18</sup> a la tradición, y la tradición a su vez procura la transmisión fehaciente del dominio mediante la entrega. Con otras palabras, la compraventa de golpe origina la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador, mientras que la tradición es el modo<sup>19</sup> o la forma idónea material de realizar la transmisión del dominio por razón de la entrega de la cosa.<sup>20</sup>

### La teoría del “título” y “modo”, mecanismo para trasladar la propiedad

La compraventa en Colombia, por sí sola, no es suficiente para adquirir la calidad de propietario a favor del comprador, requiriéndose para alcanzar dicho fin la ejecución de otros negocios jurídicos con fuerza traslativa como la tradición o el registro.

La simbiosis de la compraventa (título) y la tradición (modo), radica en la protección obligatoria que la ley le concede al comprador, para que este se convierta en propietario, es decir, que el vendedor no solamente entregue la cosa vendida, sino que también se vea obligado a transmitir el derecho de propiedad.

Es el contrato de compraventa perfeccionado (justo título), el que le otorga al comprador la posibilidad de oponerse, como dueño, ante un tercero que alega un

18 Consúltase una vez más a Wayar, “*Compraventa*”, 56: “[...] la compraventa funciona como causa-fuente para la adquisición de derechos reales, es solo una causa mediata, puesto que, además de ella, tiene que intervenir otra causa-fuente (el modo), que tiene una *inmediata finalidad* traslativa”. “En suma, la compraventa funciona como “causa-fuente-remota” para la adquisición de derechos reales, ya que entre ella y la efectiva adquisición, hay que intercalar una segunda causa que funciona como “fuente inmediata” de la mutación real”.

19 Vid. Adelaida Rocco, *Boleto de compraventa*, 1.ª reimpresión, (Buenos Aires: Astrea, 1989), 59-60: “El contrato era, pues, la justa causa, el *título* y tenía que ser seguido por la *tradición* que era el *modus adquirendi* [...]”.

20 Cf. Wayar, “*Compraventa*”, 322: “Entregar significa, en pocos términos, transmitir al comprador la posesión de la cosa vendida, esto es, sustituir una persona (comprador) a otra (vendedor) en el ejercicio del poder o señorío sobre la cosa, de modo que el sucesor quede convertido en nuevo propietario”.

•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

mejor derecho sobre la cosa vendida. La entrega material de la cosa, sin contrato previo de venta<sup>21</sup>, simplemente concede como máximo el derecho de posesión, adolece de una fuerza probatoria contundente, tal como ocurre en la venta de cosa ajena.<sup>22</sup>

En el fondo, la conexidad entre el título y el modo se centra en tres puntos claves:

- a. Individualmente, los dos negocios jurídicos (compraventa y tradición) comparten una característica consensual en su perfeccionamiento, lo que a la postre hace que los dos se complementen a la hora de trasladar el dominio de una cosa.<sup>23</sup> El título “suficiente” de compraventa como un antecedente y la tradición como el modo, que tiene como efecto el acto voluntario de entrega y recepción material del bien vendido.
- b. El objeto de la compraventa es una obligación bilateral, lo cual representa que la obligación del vendedor de procurar la entrega de la cosa es recíproca a la obligación del comprador de cancelar el precio, o viceversa. De lo mencionado se deduce claramente que el objeto del contrato son dos obligaciones, que así mismo tienen como objeto mutuo, la cosa<sup>24</sup> y la cantidad de dinero. Mientras que en el negocio de la tradición el objeto primordialmente consiste en una doble entrega material y efectiva, esto es, transmitir simultáneamente dos derechos personales o de crédito, que

21 Al respecto enseña Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, (Barcelona: Bosch, T. I., 1971), 396. Si hay una persona se le entrega un inmueble sin contrato previo (posesión), es evidente la ocurrencia de la transmisión, siendo necesaria la transferencia posterior, sea por ratificación escrita del verdadero dueño o sentencia judicial que permita el registro. En este caso, “La transmisión tiene por efecto la transferencia de la propiedad de la finca [...]”

22 Consúltese, por ejemplo, Rudolf Von Ihering, *La posesión*, 2ª ed., (Madrid: Reus, 1926), 360 y 475: “La posesión: no la tienen para sí, sino para aquel de quien recibieran la cosa; su relación en este supuesto no implica otra cosa, en derecho, que el ejercicio de la posesión ajena”. “El que no tiene derecho, es decir el supuesto propietario, contempla desdeñoso a los que simplemente ejercen derechos sobre cosa ajena”. En el mismo sentido comenta Valencia, “De los contratos”, 62: “Si bien es verdad que quien no es dueño de la cosa en el momento de la tradición no trasfiere el dominio, no obstante, los derechos de posesión si se transfieren (CC, art. 753). De aquí que sea necesario diferenciar la obligación del vendedor de transferir la propiedad, de la obligación de transferir la posesión. El vendedor debe transferir una posesión que corresponda al dominio”.

23 Vid., v.gr., Lacruz Berdejo J. L y otros, *Elementos de Derecho civil III. Derechos reales*, 2ª ed., vol. I, (Madrid: Dykinson, 2003), 169.

24 El significado de “cosa” comprende jurídicamente los derechos emanadas de esta, los bienes corporales e incorporeales, las presentes y futuras; en general todo aquello que sea susceptible de ser valorado en dinero y pueda ser parte del patrimonio de una persona. Sobre el particular véase Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, T. VII, (París: París-América, 1926), 177; y, Rodríguez, “Del contrato”, 227 y ss.

espontáneamente se convierte en derechos reales por efecto de tradición, es decir, el vendedor cumple su obligación entregando la cosa y el comprador pagando el precio en dinero.

Lo que conecta al título con el modo, es que, lo que realmente se entrega debe corresponder con el objeto obligacional recíproco acordado en la compraventa. Las obligaciones y los derechos personales o crediticios que se transfieren con la venta deben verse materializados o realizados<sup>25</sup> con la entrega en la tradición.

- c. El título y el modo mantienen una relación de causalidad, los dos comparten como causa<sup>26</sup> general alcanzar la traslación y transformación de derechos (un derecho personal se convierte en real), pero cada uno tiene una causa específica complementaria para lograr dicho objetivo.

Si bien la intención de las partes en la compraventa es llegar a adquirir el dominio, esta es una causa “remota”, por cuanto requiere de otra “causa-fuente-inmediata” albergada en la tradición; nombrada así porque, como dijéramos, es en la tradición y no en el título donde efectivamente el derecho personal, inesperadamente, pasa a ser un derecho real, derivando en la transmisión del dominio.

En la práctica, la causa de la compraventa es la intención del comprador en adquirir un título probatorio, en el que conste la obligación del vendedor de “Traditir” la cosa vendida (adquiere derechos personales); y, a su vez, la intención del vendedor es obtener una ganancia o acrecentar su liquidez de activo medida en dinero y respaldada en un derecho de crédito debido por el comprador. No es de extrañar que en las últimas décadas haya tomado fuerza la tesis doctrinal de igualar la tradición al pago, en

25 Cf. Wayar, “*Compraventa*”, 187: “Para que una cosa sea susceptible de venta debe tener existencia real, actual o futura, y debe ser posible, material y jurídicamente”.

26 Según Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico* (Madrid: Civitas, 1985), 204: “la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales”. Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será: “lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico”. Desde el ángulo *objetivo* o de la norma jurídica, la causa servirá como: “el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada”, y conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda”.

•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

respuesta a la necesidad de describir el complejo proceso de transferir la propiedad en los actos derivativos.<sup>27</sup>

En suma, la teoría del “título y modo” permite que la conexión del contrato de compraventa con la tradición sea funcional, motivada por la compatibilidad que debe existir entre la causa<sup>28</sup> y “los bienes a los que las partes refieren derechos y obligaciones”.<sup>29</sup> La “prestación” se abstrae en la mente de los contratantes “como lo que se debe”, por lo que en la venta el bien es “ex profeso”, o sea, abstraído por el conjunto de sus cualidades lícitas identificadas por los sujetos contractuales, y no por su sola percepción material que adquiere preeminencia al momento de la tradición.

### La vigencia de la “tradición” como modo para transferir derechos y transmitir cosas, y su presencia en la definición de la compraventa

En este punto es apropiado preguntarnos ¿qué verdadero papel desempeña la “tradición” en el sistema de traspaso de la propiedad en Colombia? y si ¿actualmente sigue siendo preponderante su relación con el contrato de compraventa? Desde la óptica del sistema de la teoría del título y el modo implementado en nuestro país es indispensable la presencia del acto de traditir para dar una cierta seguridad probatoria a los actos de venta en cuanto a la entrega se refiere, pero lo que verdaderamente ha mantenido vigente a la “tradición”, sea real, ficta o instrumental, es la necesidad de diferenciar fehacientemente los límites de influencia del contrato

27 Vid. Luis Diez, *La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español*, t. XIX, fascículo III, julio-septiembre. Madrid: Anuario de Derecho Civil, 1966), 555 y ss: “[...] toda tradición, esto es, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior y sería, según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago”. Por su parte, comenta, José Puig, *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., t. III, vol. 1, (Barcelona: Bosch, 1971), 340, que “nadie transmite por puro azar y, por tanto, la tradición ha de ser esencialmente un acto causal, o, mejor dicho, ha de manifestarse como una consecuencia de la voluntad acerca de una transferencia. Por tanto, responderá al concepto de pago en sentido amplio, como *solutio* de una obligación preexistente o asumida de manera coetánea con el acto que ejecuta la tradición”. En el mismo sentido confróntese también a Pablo Beltrán de Heredia, “La tradición como modo de adquirir la propiedad”, (*Revista de Derecho Privado*, 2, T. LI, febrero de 1967), 103 y ss.

28 Cf., entre otros, Boris Kozolchik, *La contratación comercial en el derecho comparado*, (Madrid: Dykinson, 2006), 100: “La insistencia en la causalidad no solo afecta a la flexibilidad de los negocios jurídicos tradicionales, sino que también puede afectar la viabilidad de negocios jurídicos contemporáneos de gran utilidad, pero aún son un asidero conceptual firme en el ordenamiento jurídico. Ello, debido que la existencia de cualquier contrato requiere de causa propia y adecuada y que la transmisión de la propiedad se produce por consecuencia solo de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza traslativa del dominio), mediante la tradición.

29 Sobre el significado de “prestación” u “objeto contractual”, Vid. Massimo Bianca, “*Derecho civil*”, 343.

y los límites de influencia de la “tradición”, es decir, identificar lo más fidedigno posible los efectos que se desprenden del momento de perfección del contrato y los efectos que emanan del momento de consumación de la tradición.

Cuando se perfecciona el contrato de compraventa con la aceptación recíproca de las voluntades, palpable usualmente en la firma del contrato y la manifestación verbal, se dice que nace la obligación bilateral del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio como una retribución semejante al derecho transferido<sup>30</sup>, requiriéndose posteriormente la tradición para la transmisión real, entrega material u otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Al intentar normatizar este fenómeno de mutación del derecho, la mayoría de códigos optan por otorgarle al contrato facultades traslativas o dispositivas de la propiedad, dando por entendido y, por ende, olvidando conectar secuencialmente la transferencia del derecho personal nacido de la venta que a la postre pretende transmitirse en la tradición para cumplir con la obligación, dentro de una definición legal de contrato de compraventa.

En la compraventa surge una obligación, pero así como nace un deber equitativamente nace un derecho<sup>31</sup>, sobre todo cuando dicha relación es bilateral y conmutativa; entonces, si la obligación del vendedor es transferir la propiedad, ¿cuál es el derecho que el comprador adquiere en virtud de la venta? En nuestro ordenamiento, en función de las definiciones de compraventa, tradición y de un sistema cuestionado<sup>32</sup> de traspaso de derechos reales, hemos aceptado que los derechos que obtiene el comprador son de esencia personal o crediticia y que con el acaecimiento subsecuente de la “tradición” ese derecho personal

30 En conexión consúltese a Massimo Bianca, *La vendita e la permuta* (Torino: Utet, 1972), 457 y ss: “El precio es el equivalente dinerario de la prestación traslativa”. Asimismo, véanse explicaciones de Domenico Rubino, *La compraventa. Tratto di Diritto civile e commerciale*, Vol. XXIII, (Milán: Giuffrè, 1962), 233 y ss.

31 Cf. Immanuel Kant, *Principios metafísicos del derecho*, 1ª ed., (Madrid: Espuela de Plata, 2004), 48 y ss: “El derecho estricto puede también representarse como la posibilidad de una obligación mutua” [...] “Así pues, cuando se dice: Un acreedor tiene el derecho de exigir de su deudor el pago de su deuda, no se requiere decir que pueda persuadirle a que su propia razón le obligue a esta devolución, sino que el forzarle a esta devolución, fuerza que se extiende a todos, puede subsistir con la libertad general; por consiguiente, hasta con la del mismo deudor [...]”.

32 Para Manuel Martín, *Nociones de derecho civil patrimonial*, 1ª ed., (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003), 179 y ss, la corriente clásica manifiesta que el derecho real “es la relación y poderío directo e inmediato que sostiene la persona con la cosa”; la corriente negadora de la distinción que argumenta la sola existencia de relaciones entre personas y no entre cosas, por lo que solamente hay lugar a derechos personales u obligaciones (Savigny); y la corriente ecléctica que opta por conciliar las dos posturas anteriores bajo la premisa que el derecho real posee una connotación interna y externa: poder directo sobre la cosa y la obligación de los terceros de respetar esa relación jurídica.



•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

espontáneamente se convierte en un derecho real.<sup>33</sup> Analizando la definición de “tradición” del Código Civil que nos dice que esta “consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”, conseguimos interpretar que la tradición es un acto autónomo que logra subsistir jurídicamente sin la compraventa y que por sí solo puede transferir derechos (ej. real provisional de posesión), pero en lo que al traspaso eficaz de la propiedad plena se refiere está ensamblado inevitablemente a este contrato y debido a este antecedente, el derecho personal que viene trascendiendo de la venta ingresa a los terrenos de la tradición bajo dicha calidad, adquiriendo su nueva esencia de derecho real solamente hasta el instante mismo de la entrega contenida en la propia tradición, que recibe el nombre de “transmisión”. Así pues, la tradición alberga dos formas de asimilar el traspaso de la propiedad: una de transferencia inmaterial del derecho personal o crediticio y otra de transmisión o de derecho real.

En resumen, el contrato de compraventa por ser consensual y obligacional da origen a la transferencia de “derechos personales o de crédito que facultan al comprador a exigir la transmisión dominial”, transmisión que se cumple por intermedio de la tradición que así mismo se consuma con la entrega, y que en últimas se convierte en la evidencia irrefutable del cumplimiento de la obligación de transmisión. De esta forma, el “efecto u objeto principal de la entrega”, contenidos en la tradición, viene siendo el surgimiento del derecho real de propiedad que nace a partir de la verificación de la entrega o extinción de la obligación<sup>34</sup>; y la transferencia se refiere a la obligación de traspaso subjetiva, en cabeza del vendedor inmersa en la compraventa, que en últimas arroja la mutación de un derecho personal a un derecho real<sup>35</sup> por la exigencia práctica que demanda la

33 Ibid., 177 y ss: Legislativamente no existe una definición propiamente dicha de derecho real, por lo que la doctrina elabora una definición según sus caracteres configurándolo como parte de la formación del concepto de derecho personal, estableciendo que “se trata de un poder concedido, directo e inmediato por el ordenamiento jurídico al sujeto sobre la cosa, que confiere al titular un señorío, bien pleno (propiedad) o bien parcialmente (derecho real en cosa ajena) sobre aquella”. Un derecho de crédito o subjetivo se vuelve real “en función de exigencias prácticas, que se relacionan con la protección que tal derecho se le quiera conceder”.

34 Consúltese, por ejemplo, a Ramón Badenes, *El contrato de compraventa*, t. I, (Barcelona: José María Bosh 1995), 437.

35 En este punto véanse explicaciones de Francisco Ternera Barrios y Fabricio Mantilla Espinosa, *El concepto de derechos reales* (Revista de Derecho Privado. Propiedad, Posesión & Derechos reales, 36, 2006), 119. “La expresión “derecho real”, en principio, designa una relación entre un deudor y un acreedor. El deudor tiene que realizar un comportamiento y el acreedor tiene la facultad de exigirselo (art. 666 del CC). En caso de incumplimiento del

teoría del título y modo de amparar legalmente frente a terceros el señorío pleno del comprador sobre la cosa vendida.

### **El dar, la transferencia y la transmisión como obligaciones contractuales: tres diferentes estadios de la voluntad en el traslado del derecho de propiedad**

La compraventa es un contrato generalmente consensual, porque el derecho de propiedad que el vendedor posee sobre una cosa se transfiere obligatoriamente hacia el comprador necesitado en adquirir el dominio de ese mismo bien, por el simple acuerdo de sus voluntades; característica causante, de que además, la venta sea estimada como dispositiva y creadora de obligaciones, ya que la transmisión de la propiedad se da por la “tradición” o la entrega, posterior a la celebración del contrato. La intención de transferir la propiedad en la compraventa y la transmisión o entrega por “tradición”, son producto de una declaración o acuerdo de voluntades, permitiendo que estos dos negocios jurídicos se enlacen integralmente en virtud de la teoría del título y el modo admitida en la ley colombiana.<sup>36</sup>

El uso de las palabras “dar”, “transmitir” o “transferir” en la definición de compraventa que procuran describir el acto consensual de traslación del derecho de propiedad pueden asumir diferentes significados, más aún, si el modo convencional de transmitir el dominio, como la tradición, permite ser valorado como un negocio jurídico abstracto o yuxtapuesto en el campo de acción del contrato<sup>37</sup>, propiciando que en la realidad la venta pueda reflejar varios significados de comportamiento obligacional que pueden ser interpretados como: hacer la entregar material de una cosa, transferir un derecho o, conjuntamente entregar la cosa vendida transfiriendo el derecho.

---

obligado, el acreedor puede solicitar el equivalente en dinero de la prestación *in natura*. Por su parte, la expresión “derecho real” no designa una relación entre dos personas, sino un verdadero haz de poderes de distinta índole”.

36 “La finalidad perseguida por el sistema del título y modo es, en síntesis, la de *distinguir lo más nitidamente posible el ámbito obligacional o contractual, del ámbito jurídico-real*. Se persigue, en definitiva, separar conceptualmente el “momento” contractual (generación de obligaciones) del momento jurídico-real (transmisión del derecho real, ingreso de un bien o derecho en un patrimonio)”. Pasquau, “*Estudios de derecho*”, 379.

37 Wolfgang Friedmann, *El derecho en una sociedad en transformación* (México D.F.: Fondo de cultura económica, 1996), 106 y 118.

## El ámbito contractual de la transferencia y la transmisión

Antes de poder relacionar causalmente la compraventa creadora de obligaciones y la tradición<sup>38</sup> extintora de obligaciones y hacedora de derechos reales, se debe tener en cuenta su cualidad intrínseca de los actos producto de la manifestación de la voluntad, en los cuales nace primariamente la intención recíproca de obligar y obligarse a transferir la propiedad y la posesión de la cosa vendida respectivamente, como una acción del consentimiento acaecida del contrato<sup>39</sup>, y no sencillamente del acto de comprar y vender.

De esta manera, se vuelve inevitable no relacionar los actos elementalmente contractuales de intercambiar una cosa por dinero, hoy llamada compraventa, con su naturaleza contractual y función jurídico-económica<sup>40</sup> de obtener patrimonio; sobre todo si la ley le impone cumplir con unos requisitos esenciales para obligarse, aplicables a todo acto voluntario, consignados en el art. 1502 del CC; norma que parte de exigir una capacidad<sup>41</sup> jurídica a toda persona que pretenda, dentro del comercio, disponer de aquellos bienes o enajenar los que se encuentran en su patrimonio o, sobre los cuales aparentemente exhibe un dominio. Esta potestad de disposición patrimonial recae tanto para el vendedor como para el

38 Cf. Rafael Vargas Valois, *Exégesis del derecho romano*, 3ª ed., vol. 1, (Bogotá: Cosmos, 1979), 356: “La Tradición. Según los textos romanos: nada hay conforme con la equidad natural como ratificar la voluntad del propietario de transferir su cosa a otro”.

39 Vid., v.gr., Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*, t. I, (Buenos Aires: Editorial Europa-América, 1952), 1: “Existen principios comunes a todos y cada uno de los contratos en cuanto cada figura de contrato en concreto, aun teniendo su contenido peculiar, participa de una común naturaleza y estructura, a las que corresponden siempre las mismas normas, y este es el aspecto por el cual todo contrato resulta de elementos formales constantes, si bien puede ser distinta, en cada caso, la sustancia de cada una de las figuras singulares”.

40 Consúltese Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil. Contratos*, t. IV, (México D.F.: Porrúa, 1994), 50: “El contrato de compraventa es indiscutible el que tiene mayor importancia entre los de su clase, en primer lugar, porque se trata del contrato tipo de los translativos de dominio y, además, porque constituye la principal forma moderna de adquisición de riqueza; es decir, tanto en su función jurídica como económica [...]”. Esta función e importancia la comparte con el contrato, o mejor, la adquiere, el cual “en el derecho moderno es la forma principal de adquirir el dominio”.

41 Cf. Luis Díez, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., t. I, (Madrid: Civitas, 1996), 144: “La ‘capacidad’ no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio. Por ello más que de capacidad para prestar el consentimiento, debe hablarse pura y simple de ‘capacidad para contratar’”.

comprador<sup>42</sup>; equiparando esta relación al objeto y a la causa en la venta de manera conmutativa.

La cosa que se vende significa para el vendedor el objeto del contrato, y para el comprador es la causa o intención de celebración de la venta; por consiguiente, recíprocamente el “precio en dinero” simboliza para el vendedor la causa del contrato, y para el comprador la cosa vendida.<sup>43</sup> Situación que liga los requisitos para obligarse, en todo acto declarativo de la voluntad, incluyendo la tradición, a los requisitos esenciales de la compraventa.<sup>44</sup>

Al presentarse esta lógica correlación entre el contrato y la compraventa, en sus requisitos esenciales y función<sup>45</sup>, y la similitud contractual de la compraventa y la tradición<sup>46</sup>, hacen que de antemano preexista en el campo legal una estrecha y lógica afinidad de la definición de contrato con el concepto de compraventa a fin de permitir estimar la transferencia del dominio como una obligación originaria del contrato que trasciende en la venta como medio de conseguir riqueza por acto entre vivos, convirtiéndose el traspaso de la propiedad en la causa contractual, y no en su efecto de entregar radicada exclusivamente en la tradición.<sup>47</sup>

42 Sobre el particular comenta Rodríguez, “*Del contrato*”, 1, que el vendedor debe poder disponer en principio del bien objeto de venta, siendo de su propiedad u ostentando un poder o mandato conferido por el dueño, a fin de evitar una eventual evicción; y el comprador tener la facultad de disponer del dinero con el cual pretende cumplir con su obligación. “a) Que la obligación del vendedor es para con el comprador mismo y la de este para con el primero [...]”. Por su parte, Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compra-venta y de la promesa de Venta* (Santiago: Sociedad Imprenta Litográfica Barcelona, Edición Facsímil 1989, T. I, 1917), 9-10, enseña: “En efecto el contrato de compraventa da origen a dos obligaciones recíprocas, que consisten, una en dar una cosa y la otra en pagar su valor en dinero. Es esencial, por lo tanto, para que este contrato exista jurídicamente que una de las partes se obligue a dar una cosa, desprendiéndose del dominio que sobre ella tenga y que la otra se obligue a entregar por esa cosa, cierta cantidad de dinero”. “Así, la obligación de saneamiento que tiene el vendedor es la consecuencia forzosa de su obligación de entregar la cosa vendida, porque de nada le servirá al comprador adquirirla, si posteriormente se viera privado de ella total o parcialmente”.

43 *Vid.*, nuevamente, Rodríguez, “*Del contrato*”, 16.

44 Aspecto desarrollado por Tamayo, “*El contrato*”, 21, entre otros.

45 *Cf.* Camille Tauffret-Spinosi, “Influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos”, 1ª ed., (en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, 2007. Bogotá: Universidad Externado de Colombia), 35: “Hay, pues, diversas concepciones del contrato [...]. En efecto, el derecho comunitario es, en esencia, un derecho de inspiración económica”.

46 Véase Wayar, “*Compraventa*”, 324: “A nuestro juicio, la tradición debe ser considerada un verdadero *contrato*; en tanto constituye un acto jurídico *bilateral patrimonial* [...]”.

47 Para Badenes, “*El contrato*”, 15, el fenómeno de la yuxtaposición del título y el modo por tradición “representa un estadio de capital valor en el desenvolvimiento histórico de la compraventa”.

•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

No obstante, examinando nuestra definición de contrato civil, surge un aspecto importante a la luz del art. 1495 de nuestro código<sup>48</sup> que nos hace dudar de una total empatía con la función socioeconómica de la compraventa, dado que esta norma no diferencia el significado de contrato con el de convención, y además proporciona contradictoriamente una definición de contrato, esta que se acopla más a la de “obligación”.

La convención puede o no tener un contenido patrimonial. En las convenciones, las partes comparten intereses y necesidades, por lo que los sujetos realizan aportes comunes sin la intención de obtener un mayor beneficio o lucro individual; mientras que en los contratos siempre está de presente un contenido patrimonial de obtener un lucro económico singular.<sup>49</sup> Esto implica que los aportes en la convención sean encausados materialmente hacia la obtención de un beneficio común sin el necesario interés de adquirir el derecho de propiedad o de que este se desplace totalmente hacia una de las partes de la convención, haciéndose intrascendente diferenciar la transferencia del derecho con la transmisión de la cosa porque los dos sucesos pueden darse en el solo acto convencional; en cambio, en un contrato como la compraventa se antepone intrínsecamente el interés conmutativo de las partes de alcanzar beneficios individuales frente a una satisfacción mancomunada convencional (por parte del comprador de obtener el derecho de propiedad sobre la cosa vendida y por parte del vendedor de obtener la propiedad del dinero). Así mismo, el hecho de que nuestro Código Civil contenga una definición de obligación para referirse al contrato, puede ser razón para confundir en la realidad la transferencia del derecho personal como su efecto y la obligación de entregar la cosa vendida o transmisión del derecho real como su causa.<sup>50</sup>

48 Art. 1495 Código Civil colombiano: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

49 “Habrà contrato cuando dos o más personas acordaren entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas, a que correspondan derechos creditorios; o la modificación de tales obligaciones” [...] “si acordaren entre sí la extinción de tales obligaciones, u obligaciones a que no correspondan derechos creditorios, que pueden sin embargo ser judicialmente demandadas, habrá una convención jurídica, pero convención que no es contrato”. Cf. Atilio Anibal Alterini, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales* (Buenos Aires: Edt. Abeledo-Perrot, 1ª ed., 1996), 652 y ss; y en el mismo sentido Raymundo Fernández, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, 2ª ed., vol. III-A, (Buenos Aires: Depalma, 1986), 2 y ss.

50 Vid. Rodríguez, “*De los contratos*”, 1976, 6: “Entre el contrato y la obligación hay la misma diferencia que entre la madre y el hijo, que entre el efecto y la causa; los contratos generan obligaciones; pero no toda obligación nace necesariamente del contrato [...]”.

La confluencia de las anteriores paradojas legales resultan importantes, por cuanto, en ellas pueden radicar originalmente y desde un punto de vista civil general, la interpretación errada de que una transferencia de derechos no se suscita en virtud del contrato de compraventa, sino únicamente en la “tradición” como modo de adquirir la propiedad atada a la venta; o, más específicamente, dar a suponer que la “transmisión” del dominio es la consecuencia automática en la compraventa, desechando el canon establecido en nuestro ordenamiento civil que establece que la entrega o “tradición” de la cosa es posterior a la celebración de la venta, cuando lo correcto es decir que con el perfeccionamiento de la compraventa el vendedor transfiere al comprador un derecho de creditorio, obligándose a entregarle la cosa vendida y por ende transfiriéndole por tradición el derecho de propiedad.<sup>51</sup>

### El procedimiento consensual para transferir derechos y transmitir

Tener una definición civil de contrato imprecisa, por no decir más, implica también no poseer civilmente un procedimiento legal para el acuerdo de voluntades, que repercute en el dilema de confundir el momento en que se crea la obligación de transferir en la compraventa con el instante de la transmisión o entrega de la cosa vendida que es donde acaece el surgimiento del derecho real, esto es, entregar la cosa materialmente para el ingreso del derecho del vendedor al patrimonio del comprador.

En nuestro estatuto comercial<sup>52</sup> siguiendo los criterios mercantiles del renovado derecho italiano<sup>53</sup> e independizándose momentáneamente, y de cierta manera de nuestra herencia civilista francesa, se subsana la ausencia de una definición de contrato veraz.

Con un moderno concepto mercantil de contrato se acentúa la característica de la patrimonialidad en los actos contractuales, y logra enlazar el fin económico

51 Cf. Rojina, “*Compendio*”, 58: “que el vendedor se obliga a transferir el dominio y no a transmitirlo”.

52 Art. 864 del Código de Comercio: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta”.

53 “Con la amplia definición legal que hace el Código italiano del contrato se ha logrado un concepto completo de este; pero, al tratar de las causas de las obligaciones, hubiera sido oportuno definirlo como fuente de vínculos jurídicos; esta era la finalidad del Código de Napoleón [...]”. Cf. Biagio Brugi, *Instituciones de derecho civil con aplicación a todo el derecho privado*, 1ª ed., (México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana, 1946), 285-286.

•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

que trasciende del contrato hacia la compraventa, con lo que se aprecia un panorama más despejado en el que la obligación de transferir la propiedad es la causa<sup>54</sup> de la venta y el motor para alcanzar y compartir riqueza. Igualmente, se destaca en esta definición la inserción expresa de la declaración de la voluntad en la formación del contrato, premisa que concede una mayor rigurosidad conceptual a la forma y momento en que las partes manifiestan su consentimiento para ponerse de acuerdo sobre el objeto, la causa y el efecto del contrato, y, por ende, en su perfeccionamiento.

El acto de traslación se muestra entonces como una evidencia más clara de la consensualidad alojada en la naturaleza de la compraventa y la “tradicción”, que es heredada del contrato<sup>55</sup> mismo —indistintamente si es valorado como comercial o civil—, constituyéndose en el vértice u objeto principal que hermana el espíritu de las definiciones connaturalmente consensuales de venta de nuestros dos códigos.

Con la aparición integral de la patrimonialidad y la declaración de la voluntad en la definición comercial colombiana de contrato —y con mayor veras el de compraventa—, que lo caracteriza como un negocio jurídico<sup>56</sup>, se supera, desde una perspectiva legal-mercantil, la confusión conceptual entre obligación y contrato venida de nuestro Código Civil; pero, paralelamente, ocasiona que la discusión jurídica concerniente al evento de la traslación de la propiedad se centre en la definición de la venta, por ser el contrato traslativo por excelencia, y porque actualmente convivimos con dos definiciones de contrato y de compraventa que nos fuerzan a tomar, tarde o temprano, una decisión en beneficio de la agilidad de nuestro estudio, sobre ¿cuáles de las definiciones, civil y mercantil, son las más pertinentes? Ante lo cual, nos inclinamos a la comercial, por su modernidad,

54 Vid. José Luis De Los Mozos, *El Contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1ª ed., (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001), 249: “La causa del contrato es, se exija o no como requisito para su validez, por encima de todo, *aquello por lo que el juez no nos niega la acción* para hacer efectivas las obligaciones que del mismo derivan. Esta causa, en aquellos sistemas que todavía siguen fieles a la doctrina del *título y el modo* (austriaco, holandés, chileno, argentino, español, suizo, brasileño, etc.), es sustancialmente la misma que sirve de base a la transmisión de la propiedad o a la adquisición de los derechos reales (*causa traditionis*) [...]”.

55 La idea o concepto de contrato se forma en Roma teniendo como base “los contratos obligatorios libres de forma, como la compraventa”. Consúltense comentarios de Max Kaser, *Derecho romano privado*, versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro. (Madrid: REUS, 1982), 38.

56 Cf. Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996), 13: “La doctrina moderna distingue en razón de su importancia la figura del negocio jurídico, en la que envuelve todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho como tales, de la del contrato”.

conveniencia y mayor precisión al instante de armonizar la función jurídico-económica de la compraventa con la del contrato, que cumple su propósito con el acto de transferir la propiedad.

Por consiguiente, se torna importante decir que la definición de contrato mercantil es más precisa al momento de calzarla con la función de la venta, ya que asume que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta<sup>57</sup> y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato; hecho que no ocurre en el Código Civil, en el que llanamente se da por sentado que las partes se han puesto de acuerdo en un determinado acto.

La notable exactitud con que el Código de Comercio describe el proceso en que las partes acuerdan sus voluntades, nos permite contemplar, en una mayor extensión, la obligación de transferir el dominio como una relación jurídica patrimonial que nos revela su efecto de obligatoriedad y no de transmisibilidad de la propiedad, porque nuestro Código Civil reglamenta, sin oposición alguna de parte del Código de Comercio, que la transmisión de la propiedad no procede por vía contractual, sino en virtud de la entrega<sup>58</sup> material o simbólica de la cosa; en otras palabras, no basta con la oferta y su posterior aceptación para que se configure la entrega de la propiedad, aconteciendo en su defecto una transferencia de derechos personales en la compraventa.

Por tanto, al reglamentar nuestro Estatuto de Comercio el proceso para la formación del consentimiento en los contratos, reuniendo los actos sucesivos de oferta y aceptación en dicho procedimiento, nos corrobora la idea que el acuerdo de voluntades es un hecho previo a la entrega, en la compraventa, y que para que exista una transmisión debe haber una recepción real de la cosa de parte del comprador que no influye para nada en su perfeccionamiento; haciendo notar, también, que en lo que el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo inicialmente es sobre el objeto y la causa<sup>59</sup> de la venta, y no exclusivamente sobre la entrega.

Entonces, para descubrir con exactitud, ¿cómo?, y, particularmente, ¿en qué se ponen de acuerdo las partes en la compraventa?, habrá que enfocarnos en

57 Díez-Picazo, "Fundamentos", 284.

58 Artículos 740 al 761 del Código Civil colombiano; y artículos 922 y 923 del Código de Comercio colombiano.

59 Vid. Boris Kozolchyk, *La contratación comercial en el derecho comparado*, (Madrid: Dykinson, 2006), 97: "La causa, sin embargo, puede ser tan concreta como una prestación de dinero o de servicios y tan etérea como la motivación final o psicológica de la contratación".



•El paradigma consensual de la yuxtaposición del título y el modo•

explicar lo que encarna para nuestros códigos: consentimiento, voluntad, acuerdo de voluntades y negocio jurídico; y sus implicaciones a la hora del traslado de la propiedad en el contrato de venta.

### La manifestación de la voluntad en el Código de Comercio para especificar el instante del traslado en la compraventa

Con el recibimiento del nuevo Código de Comercio colombiano a principios de la década de los 70, se pretende acabar por vía legal la indefinición de contrato junto con su clasificación como fenómeno surgido de la “voluntad interna o real” propio del Código Civil, por lo que se acoge el resultado de la evolución doctrinal alemana que enriquece notablemente los lineamientos jurisprudenciales italianos<sup>60</sup> de 1942, los cuales edifican al contrato como un “fenómeno social, esto es, que lo que importa es el valor material que este fenómeno adquiera como acto de decisión mediante el cual las partes al ponerse de acuerdo previamente con la prestación u objeto contractual posteriormente constituyan, extingan o modifiquen una relación patrimonial”.<sup>61</sup> Este desarrollo del pensamiento jurídico mercantil nuestro resulta bastante provechoso para la teoría de los contratos al insertar el concepto de negocio jurídico y el procedimiento para la formación de la voluntad, identificando a la compraventa como una “declaración de voluntad del negocio”.

Lo anterior favorece bastante a los contratos mercantiles como la compraventa en los cuales la consensualidad<sup>62</sup> reina, ya que facilita distinguir: el perfeccionamiento (concertación en la compraventa) con la eficacia o consumación (acuerdo traslativo). Estos dos momentos (compraventa y tradición) del nacimiento de la compraventa son esencialmente declarativos, involucrando una necesarísima exteriorización de la voluntad de los contratantes. “El contrato queda perfeccionado cuando los contratantes, de común acuerdo, se han comprometido a cumplir

60 Werner Flume, *El negocio jurídico*, (Madrid: Edt. Fundación cultural del notariado, 1998), 57.

61 Consúltase Bianca, “*La vendita*”, 41.

62 En este sentido Díez, “*Fundamentos del derecho*”, 148, expone que el elemento consensual no es un requisito indispensable de la compraventa, es una parte fundamental e intrínseca de todo contrato, y desde ese punto de vista debe estudiarse.

las obligaciones que del mismo derivan; y se dice consumado cuando ambas partes han cumplido dichas obligaciones”.<sup>63</sup>

## Conclusión

El paradigma causalista adoptado por Colombia en el que una compraventa consensual y obligacional se yuxtapone con el modo de la *tradición*, coincide con la tendencia moderna del “derecho uniforme internacional” de reconocerle al contrato de venta su facultad obligacional, la cual se ha materializado en documentos de armonización como: la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, anteproyectos de unificación contractual europeos como el *Draft common frame of Reference* dirigido por el profesor alemán Christian Von Bar y el *Código de los contratos* propuesto por la Academia de Pavía en cabeza del jurista italiano Giuseppe Gandolfi, en los cuales abiertamente predomina el concepto de un contrato de venta creadora de la obligación de transferir la propiedad, obligación que permite la resolución del contrato en caso de incumplimiento, por ser esta de carácter esencial.

En este sentido, resulta pertinente valorar la *tradición* y/o la inscripción en el *registro* como el modo más idóneo para transferir la propiedad, independientemente del esquema de contrato de compraventa aplicado. La implementación de este modo adquisitivo no solo nos permite corroborar el influjo de un esquema de compraventa obligacional en ordenamientos jurídicos de linaje romanista como Colombia, sino que también hace posible deducir con mayor eficiencia lo que pretenden obtener los contratantes mediante la celebración de una compraventa; es decir, que gracias al acuerdo de voluntades es que se perfecciona la compraventa y se revela la obligación de transferir la propiedad a través del acto material de la *tradición* y/o la inscripción en el *registro*.

Por tanto, el solo acuerdo de voluntades nunca puede por sí solo justificar la transferencia de la propiedad ya que, para generar dicho resultado, el consentimiento debe apoyarse ineludiblemente en una causa representada en la *tradición* y/o el *registro*, tal como acontece en Código Civil colombiano que consagra el método causalista de *título y modo*.

63 Vid., Badenes, “El contrato”, 258.

# LA OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD: ¿UN EFECTO CARACTERÍSTICO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN COLOMBIA?

Diego Fernando Monje Mayorca

## Introducción

Al examinar el art. 1495 del Código Civil (CC) colombiano, encontramos cierta dificultad para apreciar el contrato de compraventa como una fuente inmediata de la obligación de transferir la propiedad y el modo de la *tradición* como aquel acto convencional<sup>1</sup> con el que efectivamente se produce dicha transferencia. Es decir, que al parecer en la mencionada norma no se diferencian con claridad los efectos propios del contrato: la transferencia de la propiedad como el efecto contractual y la ejecución de la prestación —entregar, hacer o no hacer aquello a lo que se obligó— a manera de consecuencia obligacional.<sup>2</sup>

1 Cf. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*. 5.ª ed., t. I. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 201. “La tradición es un acto jurídico bilateral o convención, [...]”.

2 Al respecto Ricardo Cardilli, “Contrato y obligación: importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil”. (*Revista de Derecho Privado*, 15, 2008), 42 y ss. Considera que “la obligación”, como efecto característico del contrato es una de las expresiones más elevadas del saber jurídico y su desestimación revela una decadencia en la ciencia del derecho. Por su parte, Arturo Alessandri, *De los Contratos*, (Santiago: Zamorano y Caperan, 1976), 6, expone: “Entre el contrato y la obligación hay la misma diferencia que entre la madre y el hijo, que entre el efecto y la causa; los contratos generan obligaciones; pero no toda obligación nace necesariamente del contrato [...]”.

En efecto, al consultar el título I, del Libro IV del Código Civil colombiano, donde específicamente se postulan los efectos de las obligaciones, resulta complejo distinguir la finalidad intrínseca del contrato de generar obligaciones con el mismísimo propósito de la obligación de crear un vínculo jurídico que se traduce en el deber del deudor de dar, hacer o no hacer una cosa, otorgándole al acreedor los medios de conseguir el cumplimiento de esta prestación.<sup>3</sup>

Esta perspectiva legal eventualmente puede causar que de manera inexacta se le otorgue al contrato de compraventa una eficacia real y no consensual<sup>4</sup>, ya que la norma civil insinúa que la transferencia de la propiedad es un efecto inmediato del contrato de compraventa y no un efecto posterior que se presenta en la *tradición*. Escenario que resulta contrario al modelo clásico del *título* y el *modo* aplicado en Colombia, donde se yuxtaponen la obligación de transferir la propiedad —derivada del contrato— y la entrega —como efecto obligacional— acaecida causalmente en la *tradición*.<sup>5</sup>

En conexión, el Código Mercantil colombiano plantea una definición de contrato<sup>6</sup> que, a diferencia de la normativa civil, permite distinguir con mayor claridad la facultad de la *convención* de extinguir obligaciones y la obligación como

3 Cfr. Luis Claro del Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: De las obligaciones y los contratos*, t. 11, vol. 2, (Santiago: Imprenta Nascimento, 1936), 467: “Este es un defecto que viene del Código francés”. Autores como Domat y Pothier diferenciaban perfectamente estas dos clases de efectos. “Si los redactores del Código incurrieron en la confusión debióse tal vez a que, siendo la obligación el efecto del contrato, y habiéndose propuesto tratar de las obligaciones convencionales (contractuales) y no, en general, de las obligaciones, estimaron que en el efecto de las obligaciones se comprendía también el efecto de los contratos”.

4 Aquí cabe advertir que dicha consideración consecuentemente también provoca que el riesgo se traslade al comprador desde el momento mismo de la celebración del contrato y no, como debe ser en un sistema causalista, desde el momento de la entrega por tradición. Confundir el contrato con la obligación a la postre ocasiona que desaparezca el vínculo causal entre la obligación de transferir la propiedad suscitada a raíz del contrato y la extinción de esta con la ejecución de la prestación. *Vid.*, v.gr., Enrique Seco Caro, *El contrato mercantil de compraventa*, (Madrid: Marcial Pons, 2009), 159 y ss.

5 Para Cardilli, “*Contrato y obligación*”, 54 y ss. “Pudiera evidenciarse como una tendencia contraria esta, la relativa a los actuales procesos de unificación del derecho, coherentes por la fuerza de la globalización. Estos procesos parecen mostrar una tensión que pudiese desembocar en la extenuación del estrecho vínculo existente entre obligación y contrato, haciendo del contrato un acto jurídico de eficacia variable, pero acentuando de esta última solo la vinculación entre las partes. El *pacta sunt servanda* prevalece por encima de la característica de la obligación nacida del contrato y sobre la autonomía que ésta tendrá respecto del contrato mismo. [...] Por lo tanto el contrato, que en el modelo iusnaturalista (el que ha penetrado ampliamente en los procesos de codificación) se limita a poner en relieve el acuerdo entre sus elementos y tiende a restar valor a la *causa*, puede comprobarse con los más variados contenidos que deben ser cumplidos aun y cuando representen formas de sujeción. De esta manera se está frente una muy probable desnaturalización de la verdadera función del contrato”.

6 Cf. Artículo 864 del Código de Comercio colombiano: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se

•La obligación de transferir la propiedad•

un efecto contractual, con lo cual se logra mostrar que el traspaso del derecho de propiedad es producto del contrato de compraventa que luego se extingue en el ámbito del modo por *tradición*.

En este sentido, la norma mercantil consigue acercarse más a una descripción fehaciente de la transferencia de la propiedad, al permitir concebirlo como un acto obligacional surgido del contrato de compraventa.

La anterior paradoja legal revela que esta puede ser la posible causa de la interpretación incorrecta de que el efecto contractual de obligarse a transferir la propiedad es igual al efecto obligacional de entregar materialmente la cosa vendida o de pagar lo debido. Apreciación que contradice la regla consagrada por el Código Civil que la entrega de la cosa es posterior a la celebración de la venta (art. 1882 del CC Col.).

En consecuencia, cuando se hace referencia a la obligación de transferir la propiedad, es importante tener en cuenta que originalmente las expresiones legales de convención, contrato y obligación son diferentes<sup>7</sup>, no solo en teoría sino también en la práctica. Por lo tanto, resulta esencial una modulación e interpretación adecuada de estas expresiones para evitar confusiones al momento de estudiar la naturaleza del sistema causalista de traspaso de la propiedad instituido en el ordenamiento jurídico colombiano, y que armoniza con el paradigma vernáculo de una compraventa con efecto obligacional instituido en la mayoría de códigos civiles latinoamericanos.

### El procedimiento consensual para transferir derechos y transmitir cosas

La gran controversia, al examinar el fenómeno de la traslación de la propiedad que ha generado graves disputas, ha sido determinar el instante preciso en que tiene lugar la transferencia del dominio en el contrato de compraventa a la par de su procedimiento; desde Roma hasta nuestros días son variados y contradictorios los textos que intentan interpretar este acontecimiento. Tomando como base la compraventa romana, profundamente diferente en su estructura a la compraventa moderna, las apreciaciones doctrinales, especialmente las de los romanistas, van

---

entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta".

7 Consúltense, entre otros, Del Solar, "Explicaciones de derecho", 671 y ss.

desde ubicar el momento de la transferencia de la propiedad en la “tradición” o entrega, independientemente del pago del precio; exigir, por el contrario, el pago previo del precio o en su defecto garantizarlo para que proceda la transferencia del dominio; hasta, en últimas, admitir que la propiedad se transfiere al hacer la “tradición” cuando “el vendedor *fidem emptoris secutus est o fidem habuit emptori*”.<sup>8</sup>

Estas apreciaciones contradictorias tienen su origen a partir de los mismos textos romanos clásicos y posclásicos<sup>9</sup> que han influido en las diferentes formas de comprender el fenómeno de la transferencia de la propiedad, a lo largo de la evolución histórica romana, en las últimas generaciones de tratadistas.

Por ejemplo, Enneccerus<sup>10</sup> en Alemania y Longo<sup>11</sup> en Italia, le atribuyen al “Corpus Iuris Civile” de Justiniano la institucionalización legal de la transferencia de la propiedad en la compraventa independientemente del pago o de una garantía, esto, gracias a la confianza u honestidad que el comprador le irradia al vendedor. Al contrario, la mayoría de los romanistas como Bonfante<sup>12</sup>, Archi<sup>13</sup>, Miquel<sup>14</sup> y Arangio Ruiz<sup>15</sup>, entre otros, sostienen que, en la etapa clásica del derecho romano, la transferencia de la propiedad ocurre por efecto de la tradición de la cosa vendida, “y por eso se declara interpolados a todos los textos de las instituciones justinianeas y de las Pandectas, que establecen como condición de

8 Cf. Francisco Degni, *La compraventa*, (Madrid: Revista de Derecho privado, 1957), 2 y ss.

9 Cf. Institutas de Gayo: 2, 18, 20. Instituciones de Justiniano: Libro 2, Título 1, 41.

10 Cf. Ludwig Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, (Marbur: 1889), 250 y ss.: “[...] la seguridad del tráfico no alcanza ya hoy a justificar el principio de abstracción, puesto que el derecho alemán, a diferencia del romano, reconoce la adquisición de buena fe hecha de un no titular”. Para mayor ilustración véase también Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil. T. II: Derecho de las obligaciones*, (Barcelona: Bosch, 1971), 19 y ss.

11 Cf. Carlo Longo, *Storia del diritto romano: Costituzione e fonti del diritto*, ristampa inalterata della prima edizione, (Milano: Giuffrè, 1970), 271 y ss., y en conexión consúltese Carlo Longo, *Corso di diritto romano: La compravendita*, vol. 4, (Milano: Giuffrè, 1937), 450 y ss.

12 Confróntese, por ejemplo, Pietro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, traduc. Luis Bacci y Andrés Larrosa, (Madrid: Reus, 1965), 489 y ss.; y Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2, (Milano: Giuffrè, 1968), 185 y ss.

13 Gian Gualberto Archi, *il Trasferimento Della Proprietà Nella Compravendita Romana*, vol. XV, (Padova: Cedam, 1934), 8 y ss.

14 Joan Miquel, *Derecho privado romano*, (Madrid: Marcial Pons, 1992), 319.

15 Vincenzo Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho Romano*, Trad. José M. Caramés Ferro, 10ª ed. Italiana. (Buenos Aires: Depalma, 1952), 374 y ss.

•La obligación de transferir la propiedad•

esta transferencia el pago del precio o una concreta *satisfactio*, o el *habere fidei emptori*.<sup>16</sup> El doctrinante Albertario<sup>17</sup>, eclécticamente sustenta que la transferencia de la propiedad en la compraventa es particularmente diferente en cada una de las etapas clásica y posclásica romanas; en la primera etapa, la traslación de la propiedad se hacía según el tipo de cosa: las *res Mancipi* por *mancipatio* o las *res nec Mancipi* por la *traditio*<sup>18</sup>; mientras que en la segunda etapa la transferencia era uniforme, porque con el “*Corpus Iuris Civile*” desaparece la distinción de las cosas, prevaleciendo la *traditio*.<sup>19</sup>

### El método actual para transferir la propiedad en la compraventa

El Código Civil colombiano que ejemplarmente sigue la estructura de la compraventa justinianea o medieval<sup>20</sup>, como hemos analizado, configura el momento de la transferencia del derecho de propiedad en el instante mismo de la “tradición” o más exactamente en la entrega la cosa vendida, independientemente de que se pague o se garantice primero el precio<sup>21</sup>; exigiéndose para ello simplemente la voluntad de entregar y la voluntad para recibir. Pero nuestro Código Civil omite especificar un procedimiento mediante el cual las partes concuerdan sus voluntades sobre lo que se vende y el precio que se da a cambio.

No obstante, el Código de Comercio colombiano, realzando la innata característica de la consensualidad de la compraventa y su fin económico-social en el

16 Cf. Degni, “La compraventa”, 3-4.

17 Al respecto ver comentarios de Vincenzo Arangio-Ruiz y Giuseppe Lavaggi, *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. 1, (Milano: Giuffrè, 1953), 167 y ss; y para mayor ilustración al mismo Emilio Albertario, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, (Milano: Giuffrè, 1963), 21 y ss.

18 En conexión véase Arturo Valencia Zea, *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, (Bogotá: Temis, 1982), 211 y 212.

19 Cfr., nuevamente, Degni, “La compraventa”, 5. Asimismo, consúltese a nivel histórico, Diego Fernando Monje Mayorca, “La búsqueda del espíritu traslativo de la compraventa consensual: Un antiguo instrumento en la cultura jurídica latinoamericana para el fomento del comercio común. Cultura Latinoamericana”. *Revista de Estudios Interculturales*, 2, 16, (2012), 63-67.

20 Perspectiva recogida por José J. Gómez, *Conferencias de derecho civil bienes*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1960), 105: “La venta no produce sino obligaciones, de conformidad con nuestro derecho que, en este punto, sigue la doctrina romana”. “Podemos OBLIGARNOS a transferir lo que no tenemos; si no la transferimos es cosa que no incumbe a la ejecución de la venta y no a su perfeccionamiento”.

21 Cf. Seco, “El contrato”, 127 y ss: “La contraprestación de la entrega de la cosa en la compraventa es el precio”. “Precio expresado en dinero quiere decir que se fije una determinada cantidad de unidades monetarias como contraprestación del comprador”.

que el compromiso de transferir la propiedad hace parte de su contenido contractual, nos brinda un método para transferir la propiedad con el que las partes, al manifestar su consentimiento, logran ponerse de acuerdo sobre la cosa y el precio, para, en últimas, lograr no solo la entrega de la cosa vendida, sino también la transferencia de la propiedad<sup>22</sup> por efecto causal.<sup>23</sup>

Al exponer tal concepción no significa que un código sea más completo que el otro, sino que sencillamente se complementan mutuamente. El Código Civil aporta primariamente el requisito declarativo de las voluntades para el nacimiento de la obligación de transferir la propiedad, y el Código Mercantil, por su parte, dicta para que proceda la transferencia de la propiedad que las partes bilateralmente deben hacer concordar sus voluntades: el vendedor inicialmente debe ofertar el bien y el comprador aceptar dicha oferta; o viceversa: el vendedor aceptar el precio y el comprador aceptar el objeto. Así, al lograr el perfeccionamiento del contrato lo que queda es esperar su efecto y consecuencia, esto es, el nacimiento de la obligación de transferir el dominio para después realizar la entrega por tradición.<sup>24</sup>

La transferencia de la propiedad se muestra entonces como un acontecimiento producto de un proceso de acuerdo consensual que germina en el contrato y que ve culminado su ciclo en la “tradición”, y como aquel punto de cohesión entre las definiciones de contrato de compraventa civil y comercial.<sup>25</sup>

22 Sobre el particular, enseña Massimo Bianca, *Derecho civil: El contrato*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 337 y ss: “En sentido formal, el contenido del contrato indica el texto del contrato, es decir el conjunto de declaraciones que comprende el acuerdo contractual. Del texto contractual hacen parte las declaraciones dispositivas y las declaraciones de naturaleza diferente (motivaciones personales, expresión de sentimientos, confesiones, etc.)”. “El contenido, en sentido sustancial, es el conjunto de disposiciones contractuales, es decir, el conjunto de las disposiciones mediante las cuales los contratantes determinan la relación contractual. El contenido indica, justamente aquello que las partes establecen”. “El contenido del contrato comprende lo que las partes establecen con miras, bien a los resultados materiales, bien a los efectos jurídicos”.

23 Cf., v.gr., José Luis De Los Mozos, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001), 249: “La causa del contrato es, se exija o no como requisito para su validez, por encima de todo, *aquello por lo que es juez no nos niega la acción* para hacer efectivas las obligaciones que del mismo derivan. Esta causa, en aquellos sistemas que todavía siguen fieles a la doctrina del *título y el modo* (austriaco, holandés, chileno, argentino, español, suizo, brasileño, etc.), es sustancialmente la misma que sirve de base a la transmisión de la propiedad o a la adquisición de los derechos reales (*causa traditionis*) [...]”.

24 Para mayor ilustración véase Diego Fernando Monje Mayorca, *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 29-33.

25 Cf. Seco, “*El contrato*”, 155: “No cabe duda que en la compraventa mercantil el fin traslativo es esencial lo mismo que en la compraventa civil”.



## **La pertinencia de la definición de compraventa comercial y su armonía con el procedimiento declarativo de la voluntad para transferir la propiedad en el Código Mercantil**

Como es sabido, cada Código: comercial y civil, intenta definir al contrato, aunque en nuestro concepto el Estatuto mercantil logra dar un significado contractual más conveniente en relación a la obligación y en cuanto a la transferencia del derecho de propiedad. En nuestra opinión, la definición de contrato comercial, al permitir diferenciarlo con la convención, también logra estimar la obligación de transferir el dominio como el efecto contractual.

Igualmente, al conceder el Código de Comercio una definición de compraventa que se equipara al concepto civil, representa que el contrato de venta en nuestro derecho privado es considerado indiscutiblemente como un acto naturalmente consensual que busca concretar la traslación de la propiedad por medio de la tradición. Es irrefutable que, al celebrar, las partes de una compraventa mercantil desean recíprocamente enajenar (el vendedor) y adquirir (el comprador) el dominio de un bien (mueble o inmueble). Lo cual hace que en la compraventa comercial se realce más fuerte el fin económico-social, ocasionando que este contrato sea caracterizado como un negocio jurídico.<sup>26</sup>

Con lo anterior, no pretendemos generalizar abruptamente que todos los contratos son mercantiles, sencillamente consideramos que la definición comercial de contrato es más armónica respecto a la indiscutible naturaleza económica-patrimonial de la venta. Sin olvidar, que, aunque la “tradición” es regulada por el Código Civil, sus varias funciones<sup>27</sup> revisten una aplicación patrimonial.

De esta manera, desde una perspectiva legal mercantil, despejar la confusión conceptual entre obligación y contrato venida de nuestro Código Civil hace que la discusión jurídica concerniente al evento de la traslación de la propiedad se

26 Cf. Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996), 13: “La doctrina moderna distingue en razón de su importancia la figura del negocio jurídico, en la que envuelve todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho como tales, de la del contrato”.

27 En este sentido explica Jaime Rodríguez Fonnegra, *Del contrato de compraventa y materias aledañas* (Bogotá: Lerner, 1960), 588 y ss, que son algunas funciones y características de la tradición: 1) Transferir la posesión. 2) Es parte fundamental para la transferencia de derechos reales, como el dominio. 3) Es útil para cumplir con las obligaciones derivadas del dar (transferencia del uso y la tenencia de los bienes). Comentario compatible con lo expuesto, por ejemplo, por Seco, “*El contrato*”, 155: “El modo es la tradición o entrega de la cosa que debe hacer el vendedor al comprador, en cualquiera de sus modalidades”.

acentúe en la definición misma de la venta, por ser el contrato traslativo por excelencia, y porque actualmente convivimos con dos definiciones de compraventa coincidentes frente a los principios generales (consensualidad, traslatividad, obligacional, etc.), pero diferentes en sus verbos rectores: dar (civil) y transmitir (comercial).

Entonces, ¿cuál definición de compraventa, civil o mercantil, es la más precisa para describir la transferencia de la propiedad y encausar su procedimiento? Ante este cuestionamiento nos inclinamos a sostener que el concepto mercantil de compraventa intenta ser más preciso debido a su mayor precisión al instante de armonizar la función jurídico-económica de la venta con un procedimiento mercantil declarativo para la formación del negocio jurídico (oferta y aceptación)<sup>28</sup>, el cual demuestra tener como propósito esencial el traslado del derecho de propiedad al emplear la palabra “transmitir”. Como se ha intentado demostrar en las páginas anteriores, esta expresión no resulta ser tan adecuada como sí lo puede ser el término “transferir” a la hora de ser implementada en un acto bilateral u obligacional que pretende la traslación del derecho de dominio (la compraventa), y que necesita para ello de un modo convencional e igualmente bilateral (la tradición). Por su parte la expresión “dar”, usada por el Código Civil, como también se ha expresado en el capítulo anterior, peca en ser muy general en su significado o de ser una palabra que preponderantemente denota una entrega material de la cosa<sup>29</sup>, esto es, que le termina concediendo a la compraventa un efecto obligacional que no necesariamente busca la transferencia del derecho de propiedad, sino que también puede perseguir primordialmente la traslación de otro derecho (posesión).

En conclusión, al admitir con mayor exactitud nuestro Estatuto de Comercio que en la compraventa nace la obligación de “transmitir” el derecho de

28 Artículos 845 al 863 del Código de Comercio colombiano. A fin de obtener una visión más amplia, consúltese, v.gr., a Gabriel Escobar Sanin, *Negocios civiles y comerciales*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1994), 457 y ss; Luis Díez, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., t. I. (Madrid: Civitas, 1996), 284; y Seco, “*El contrato*”, 139: “[...] la oferta y la aceptación serán los pasos a seguir para llegar a la perfección del contrato. En la compraventa como negocio jurídico con la obligaciones y prestaciones recíprocas la oferta se hará por ambos contratantes y la aceptación recíproca también debe producirse para ambos: el vendedor oferta el objeto y acepta el precio; el comprador acepta el objeto y oferta el precio”.

29 Cf. Real Academia de la Lengua Española, “Dar”, (En *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2009, consultado marzo 21 de 2016. [http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=dar](http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dar)).

•La obligación de transferir la propiedad.

propiedad, que por lo tanto no basta para ello el solo contrato sino que se requiere posteriormente la entrega de la cosa vendida por medio de la tradición; y en suma, reglamentando los actos de la “oferta y la aceptación” como la herramienta procedimental para la formación del negocio jurídico o contrato de compraventa<sup>30</sup>, la ley mercantil nos enseña que antes de vislumbrarse en las mentes de los posibles contratantes una obligación de transferir el dominio y entregar la cosa sobre la cual recae este derecho, el vendedor y el comprador, cada uno individualmente, tienen que concebir en sus mentes o en su fuero interno que más que desear entregar y adquirir una cosa, es pretender transferir y que se le transfiera el derecho pleno de la propiedad. Cuando estos dos fueros internos coinciden al ser exteriorizados podemos afirmar que se concreta el contrato de compraventa.

### La estructura teórica de la transferencia de la propiedad como un acontecimiento materializado en el negocio jurídico de la compraventa

Las reglas generales para la formación del consentimiento se encuentran establecidas primordialmente en el Libro IV, capítulo III de nuestro Código de Comercio, que nos indica que la oferta es aquel acto verbal o escrito de la manifestación unilateral de la voluntad, mediante la cual se le comunica a otra persona determinada o indeterminada el proyecto del negocio jurídico, esto es, las condiciones del contrato que deben cumplir con los elementos esenciales del negocio<sup>31</sup>. Acto seguido, es necesaria la aceptación de la oferta por parte del destinatario que exterioriza su total conformidad con esta para constituir un acuerdo de voluntades.

En el negocio jurídico de compraventa el acuerdo de voluntades se compone de la voluntad declarada de “querer vender” una cosa (oferta) y la voluntad declarada de “querer comprar” dicha cosa (aceptación)<sup>32</sup>; cuando las dos voluntades

30 Cf., entre otros, Atilio Alterini, *Contratos civiles –comerciales– de consumo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 268 y ss.

31 Al respecto consúltense nuevamente a Seco, “*El contrato*”, 105 y ss.

32 Algunos autores precisan más diciendo argumentando que: “Hay que observar, sin embargo, que la exteriorización de la voluntad de negocio (el acto de la declaración) no es solo una manifestación sobre la voluntad interna del declarante, es decir, un medio de suyo indiferente de comunicar una voluntad, sino que es al mismo tiempo *ejecución de la voluntad*. Por tanto, la base de las consecuencias jurídicas no es una voluntad interior (“quiero comprar”), como afirma la teoría de la *voluntad*, no tampoco el supuesto de hecho de confianza creado por una declaración, como sostiene la teoría de la *declaración*, sino la voluntad que se *actualiza* en la compra aquí y ahora. Con ello no se limita a exponer una voluntad meramente interna, sino que le confiere una validez inmediata (teoría de la *validez*)”. Cf., Enneccerus, “*Tratado*”, 67 y 68.

coinciden nace la voluntad negocial de las partes dirigida a producir unos efectos jurídicos<sup>33</sup>, en este caso obligacionales, o en palabras de Flume, “dirigida a producir determinadas consecuencias jurídicas mediante la declaración, voluntad de efectos jurídicos, o como la intención dirigida a un determinado resultado económico garantizado por el Derecho, o como voluntad de producir un resultado económico”<sup>34</sup>; a este instante de acuerdo de voluntades se le llama “momento volitivo”, porque consiste en la manifestación exteriorizada de la voluntad o comportamiento.

Así mismo, cada voluntad declarada de los contratantes se conforma individualmente de dos voluntades denominada “momento decisivo (el convencimiento en el fuero interno del sujeto de que se quiere actuar de determinada manera)”: a) “Una voluntad de acto externo, ‘que es propiamente la voluntad de realizar la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad’. Como ejemplo tendríamos el querer firmar el contrato de compraventa; y b) “El conocimiento del valor declaratorio de la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad, esto es, ‘el conocimiento de que a través de una determinada conducta se está declarando una voluntad’. Ejemplo: saber que firmando el contrato me estoy vinculando jurídicamente”<sup>35</sup>.

Por lo anterior, se hace fácil comprender que antes del perfeccionamiento de la venta los contratantes, por regla general, tienen que poseer un motivo recíproco de celebrar un contrato, y que una vez firmado, crearán entre sí un vínculo jurídico causal con efectos obligacionales. Vendedor y comprador deberán tener claridad sobre el “contenido” de sus respectivas declaraciones voluntad, o sea, ¡exactamente! “querer comprar” o “querer vender”, despejando cualquier duda que conlleve a suponer una “transmisión”, la cual acaecerá en un momento posterior a la celebración de la venta e inmersa en el negocio jurídico de la “tradición”.

Ya dentro del contexto de la compraventa, el comprador específicamente, debe contemplar que al pretender o celebrar el contrato ha adquirido, en teoría, simultáneamente un derecho y un deber crediticio (exigir la entrega de la cosa vendida y pagar el precio), y no, un derecho u obligación real. Esto también se

33 Son las obligaciones del vendedor y comprador mencionadas en los artículos 1880 y 1928 del CC colombiano.

34 Cf., v.gr., Werner Flume, *El negocio jurídico*, (Madrid: Fundación Cultural del Nariado, 1998), 75.

35 Cf. Juan Espinoza Espinoza, “La manifestación y la declaración de la voluntad”. *Revista Justicia y Derecho*, 1, enero (2008). Consultado agosto 31, 2016. <http://justiciayderecho.org.pe/revista1/articulos/manifestacion.pdf>.

•La obligación de transferir la propiedad.

asimila idénticamente para el vendedor, que tendrá el derecho de recibir un pago y la obligación de procurar la entrega del bien vendido posteriormente.

En la declaración y acuerdo de voluntades, los contratantes sometidos a la teoría del título y el modo, deben no solamente, identificar plenamente las cualidades y sustancia de la prestación, sino también, tener claridad sobre la causa<sup>36</sup>, so pena de incurrir en un “error sobre el contenido de la declaración<sup>37</sup>” que afecta el buen desempeño en la formación del consentimiento, ya que la declaración termina siendo defectuosa o inadecuada; teniendo en ello, una gran complicidad la ley colombiana por mantener básicamente una divergencia de expresiones lingüísticas<sup>38</sup> imprecisas (dar y transmitir) para referirse a la traslación en la compraventa.

### **La obligación de transferir la propiedad: ¿nace de la declaración de las voluntades de las partes contractuales o se origina del innato fuero interno de cada uno de los negociantes?**

Lo primero que hay que considerar, al intentar desentramar sobre ¿qué versa en la voluntad de cada una de las partes al momento de celebrar una compraventa? o, en otras palabras, ¿qué es lo que buscan obtener el comprador y el vendedor, al obligarse bilateral y conmutativamente? Nuestros dos códigos nos hacen intuir de modo diferente la noción de la consensualidad al emplear, cada uno de ellos, expresiones diversas como consentimiento, voluntad, acuerdo de voluntades, declaración de voluntad, negocio jurídico, intentando describir el encuentro de voluntades.

El múltiple uso de términos legales que tratan de explicar la esencia de la manifestación de la voluntad de las partes encaminada a declarar su conformidad

36 En conexión consúltase a Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, (Madrid: Civitas, 1985), 192: “Es decir, que para calibrar la causa de cada negocio, se deberá atender a su objeto y a su contenido. Mas esto no significa que los conceptos de objeto y de contenido se identifican con el de causa y lo hacen superfluo. Sus diferencias son evidentes. El objeto es la materia social sobre la que recaerá el vínculo creado, que por ello no se confunde con la causa. Esta se refiere también a algo distinto y que está fuera del contenido del negocio; se trata del por qué y para qué del negocio”.

37 Sobre la noción del error de declaración comenta De Castro y Bravo, *ibid.*, 121, que desde la antigüedad “hubo ocasión de notar lo diferente del error que consiste en equivocarse, al decir una palabra por otra (disenso oculto), o firmar un documento por otro y el que resulta de haber creído era de oro la cosa que resulta ser de latón”.

38 Para Díez, “*Fundamentos*”, 149: “El medio normal de realizar una declaración expresa de voluntad es obviamente el lenguaje, tanto verbal como escrito, [...]”.

sobre el contenido de un contrato, repercute al interior mismo del sistema de la compraventa al impedir notar una adecuada conexidad del interés<sup>39</sup> del vendedor y del comprador.

En nuestro caso, el interés de las partes en la compraventa tiene mucho que ver con la calidad e integridad del consentimiento.<sup>40</sup> El primer paso para que las voluntades coincidan en la compraventa, es que cada uno de los contratantes debe tener claridad en los elementos esenciales del contrato, y esto se empieza a conseguir con una buena información sobre el objeto o la causa<sup>41</sup>; si el vendedor y comprador no tienen claro que el fin inmediato de la compraventa es el nacimiento de un derecho crediticio u obligación recíproca<sup>42</sup> de transferir el dominio que recae sobre una cosa pagando un precio, terminarán creyendo que por el solo contrato se transfiere automáticamente la propiedad y no por el modo de la “tradición” posterior. Incluso hay que comprender que una vez aceptada la oferta, el precio, teóricamente hace parte del patrimonio del vendedor en calidad de crédito, por ser consensual la compraventa.<sup>43</sup>

Poseer una concepción normativa previa acerca de la integridad del consentimiento proporciona una lucidez para comprender la causa u objeto y sus efectos, como también poder separar el momento de la manifestación de la voluntad y el cumplimiento de la obligación de entregar.<sup>44</sup>

39 Cf., v. gr., Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, t. 1, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999), 63: “La noción de ‘interés’ ha sido enfocada de modos diversos. Cuando se lo identifica con el dominio es la relación de disfrute con la cosa y el titular del interés es el propietario”. “El interés es el centro de unión; es el ‘cemento’ que une a los distintos contratos”.

40 Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de Droit civil français*, t. 4, (París: Librairie Joseph Gibert, 1902), 474 y ss.

41 Cf. Boris Kozolchyk, *La contratación comercial en el derecho comparado*, (Madrid: Dykinson, 2006), 97: “La causa, sin embargo, puede ser tan concreta como una prestación de dinero o de servicios y tan etérea como la motivación final o psicológica de la contratación”. Asimismo, consúltese, Yves Lequette, Yves-Marie y Serinet Grégoire Loiseau, “Validez del contrato. Consentimiento”, (En *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, libro III, títulos III y XX, Trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006), 55 y ss.

42 Sobre el particular comenta Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, Ed. 3ª ed., Tt. 2, (Buenos Aires: Zavalía, 2000), 9: “Todo acreedor está obligado a recibir la prestación, y por lo tanto no solo el comprador está obligado a recibir la cosa, sino que también el vendedor está ‘obligado’ a recibir el precio”.

43 Cf., entre otros, Ramón Badenes Gassset, *El contrato de compraventa*, t. I. (Barcelona: José María Bosh, 1995), 259.

44 Según Ernesto Wayar, *Compraventa y permuta*, (Buenos Aires: Astrea, 1987), 4: “En toda compraventa existe un momento que separa la manifestación del consentimiento con la entrega, aun cuando esta sea automática, como ocurre en la venta de muebles”.

## La disyuntiva de intuir la obligación de transferir el dominio

Bajo el amparo de la naturaleza consensual del contrato es evidente que la traslación del derecho de propiedad, en la compraventa, es un acto de la manifestación de la voluntad progenitora de obligaciones<sup>45</sup>, aunque el hecho que nuestro Código Civil asemeje “consentimiento” y “voluntad” con las frases “declaración de voluntad” o “consentimiento mutuo”, ocasiona una aparente carencia de impulso de voluntad externa<sup>46</sup> al concebir la compraventa como un contrato o negocio jurídico estrictamente declarativo creador de obligaciones, es decir, que “consentimiento y voluntad”, tienen significados con efectos prácticos dispares ante enunciados como “declaración de voluntad” o “consentimiento mutuo” que intentan ser más precisos para poner en evidencia que en el negocio jurídico de compraventa las partes necesariamente exteriorizan su consentimiento; en otros términos, poder identificar la transferencia como la causa jurídica instaurada en el contrato de compraventa producto de la exteriorización de la voluntad de los contratantes.

La anterior disyuntiva o dilema parte desde los dos ejes normativos interrelacionados, que permean originalmente nuestro Código Civil:

A) El francés, en el que el consentimiento revela una coincidencia de voluntades en la formación del acto jurídico, cobrando la palabra “acto” dos postulados heterogéneos concebidos como: una “operación jurídica”, que se asimila a la voz latina “negotium”, u otorgándole a una actividad jurídica cualidades documentales con efectos probatorios que se admite como “instrumentum”; por ejemplo, una compraventa, que puede tener una materialización documental privada o notarial.<sup>47</sup>

Al proponer la teoría del consentimiento francesa que el acuerdo de voluntades sirve para la formación del contrato, sin describir un procedimiento para que

45 Cf., una vez más, Fernando J. López de Zavala, “Teoría”, 13: “[...] a cargo del vendedor la de transferir la propiedad de una cosa, y a cargo del comprador la de pagar el precio”.

46 En este punto comenta Enneccerus, “Tratado”, 7, que “no solo son hechos la oferta y la aceptación, sino también el contrato que se compone de ambas”. “Los hechos jurídicos son de una variedad extraordinaria. Los más importantes son los actos humanos, que se componen de hechos de la vida del espíritu y de hechos externos (por ejemplo, de la voluntad y de la declaración de esta voluntad)”.

47 Cf., por ejemplo, Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil, de los bienes*, 1ª ed., t. II, (México: Cárdenas, 1983), 139 y 141.

esto suceda, le insinúa a las partes una gran libertad contractual, haciendo que estas no vean necesario precisar sobre la realidad de transferir el dominio<sup>48</sup>; tanto así, que por ley en Francia la compraventa transfiere por sí misma, y en ausencia total de la “tradición”, el derecho de propiedad<sup>49</sup>, siendo irrelevante distinguir entre el momento de la “perfección y la consumación de la compraventa” porque en la misma manifestación del consentimiento de cada una de las partes se intuye al unísono la creación de la obligación y su inmediata extinción provocada por la concepción individual del comprador y vendedor de que en el acto contractual procede efectivamente la entrega de la cosa vendida.<sup>50</sup>

En Colombia, en cambio, por requerirse la coexistencia del título y el modo, se vuelve indispensable que el consentimiento recaiga coherentemente en el objeto y la causa de la venta. La intención del comprador no es convertirse en propietario al firmar el contrato, es adquirir la calidad de acreedor<sup>51</sup>, para después exigir la entrega de la cosa de parte del vendedor, que no más que el objeto recíproco de la compraventa, esto es, una obligación de hacer.<sup>52</sup>

B) En Alemania se asume doctrinalmente el acto de la declaración privada de la voluntad encaminada a producir resultados jurídicos bajo la teoría del negocio jurídico en un sentido abstracto<sup>53</sup>, en el cual la voluntad es exteriorizada y

48 Comenta Álvaro Pérez Vives, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, (Bogotá: Temis, 1953), 16, que “[...] en Colombia es necesaria la efectividad de la intención de transferir el dominio, no para la existencia del contrato, sino —y es muy diferente— para el cabal cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Para que el contrato exista basta que haya la intención de transferir y de adquirir el dominio, en lo que a ella se refiere y es necesaria su concurrencia para la formación del contrato”.

49 En este sentido expresa Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno: Fuentes de las obligaciones. Obligaciones nacidas de la ley, continuación y fin, transmisión de las obligaciones*, 2ª reimpresión, vol. 6, (Madrid: Reus, 1978), 73 y ss: Esto es ocasionado porque en la compraventa al entregar o “dar” la cosa vendida se transfiere la propiedad por efecto del mismo contrato, y porque además al evidenciar los precedentes evolutivos del derecho romano sobre la transmisión de las obligaciones “los compiladores del Código de Napoleón y del italiano, no dudaron en reconocer la transmisibilidad de los créditos y en disciplinar la cesión a título de venta”. Véase también comentarios de Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de derecho* Ed. 5ª, T. II, , 188-189: “En Francia e Italia los contratos tienen eficacia real [...]”.

50 Consúltase nuevamente a Badenes, *“El contrato”*, 258.

51 Para mayor ilustración confróntese Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano* (París: París-América, 1926), 184: “En suma, de acuerdo con el Código francés, el comprador es dueño en virtud del contrato; de acuerdo con el colombiano, es acreedor, porque el vendedor solo se obliga a dar”.

52 Ibid., 182.

53 En conexión consúltase Flume, *“El negocio”*, 48-49: “No existe negocio jurídico en sí, sino solamente tipos concretos de actos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y existen gracias al mismo, como compraventa, cesión de créditos, transmisión de la propiedad, esponsales, matrimonio, testamento, etc.”. “El concepto de negocio



•La obligación de transferir la propiedad•

dirigida a lograr un resultado con una consecuencia jurídica o de eficacia: efecto de creación, extinción o adaptación de una relación jurídica; por lo que en la mayoría de los casos la expresión de negocio jurídico se entiende como declaración de la voluntad, lo que sucede cuando el negocio jurídico se compone de una sola voluntad.

En la teoría del negocio jurídico, para que nazca un contrato como la compraventa, deben unirse las voluntades del comprador y del vendedor. Aquí, negocio jurídico alude al acuerdo de voluntades, y declaración de voluntad, al acto de “autodeterminación” individual, valga la redundancia, de cada una de los contratantes; juntos destinados a someter dicho contrato al ordenamiento jurídico vigente.

Así la “declaración” de la voluntad del negocio es el resultado último a la “ejecución de la voluntad” o capacidad de obrar<sup>54</sup>, que se puede entender desde la perspectiva del comprador, cuando decide comunicar su intención de “comprar aquí y ahora”, siendo la fuente primaria una “voluntad de obrar”, que puede exteriorizar cualquier persona desde su ser interior e individual<sup>55</sup> en busca de satisfacer una necesidad, como puede ser adquirir el dominio de una cosa.

Deteniéndonos a comparar la compraventa en Colombia, muy similar a la alemana, encontramos que el acontecimiento de la transferencia de la propiedad no forma parte de la compraventa, como algunos creen, sino que es un negocio jurídico autónomo<sup>56</sup> en el que transmitente y adquirente acuerdan sus voluntades para el traslado de la propiedad y el “acontecimiento fáctico” o “acto real de entrega”<sup>57</sup> que se materializa posteriormente en la “tradición”. A lo anterior, se agrega que la

---

jurídico es la abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el ordenamiento jurídico, [...] están dirigidos, mediante la instauración de una reglamentación, a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica en uso de la autodeterminación del individuo [...]”.

54 Ibid., 227: “El concepto de capacidad de obrar, [...], está referido a la actuación negocial”. “[...] es la capacidad de celebrar con eficacia negocios jurídicos”.

55 Enneccerus, “*Tratado*”, 67-68.

56 Cf., entre otros, Arturo Valencia, *Derecho civil*, Ed. 4ª ed., Tt. IV, (Bogotá: Temis, 1975), 61-62: “La transmisión del dominio por negocio jurídico entre vivos recibe el nombre *tradición*”.

57 En conexión, Flume, “*El negocio*”, 52: “[...] el negocio jurídico de la transmisión de la propiedad”. En el mismo sentido, cf., Enneccerus, “*Tratado*”, 19: “La transmisión inmediata de la propiedad o del derecho vendido, el C. c. la enlaza primero con el contrato real y abstracto o en su caso, con el negocio abstracto de disposición combinado con un acto real de ejecución (entrega)”.

transmisión de la propiedad en los inmuebles se logra por acuerdo de voluntades con la ayuda de una autoridad (registro en la Oficina de Instrumentos públicos).<sup>58</sup>

El negocio de compraventa en Alemania está totalmente separado del “acuerdo traslativo”<sup>59</sup>; la “tradición” se concibe como un negocio jurídico claramente independiente de la venta (título), la cual solamente crea obligaciones, mientras que el “acuerdo traslativo o tradición” (modo) adquiere una calidad de contrato real porque es donde inmediatamente se traslada el derecho.

En nuestro país, aunque se adopta la teoría *del título y el modo*, los autores no han optado por seguir fielmente la doctrina alemana, tal vez por un excesivo respeto de fidelidad al espíritu del Código Civil o por la reciente inclusión expresa en nuestro sistema legal comercial de la idea moderna del negocio jurídico. La teoría de la compraventa civil colombiana, aunque reconoce que esta únicamente crea obligaciones, por culpa de una definición normativa imprecisa o más bien general al utilizar la expresión “dar”<sup>60</sup>, intenta ligar el momento de transferencia del dominio a la misma compraventa; es decir, asume la transmisión o entrega como un efecto inmediato a la celebración del contrato, y no como la finalidad traslativa propia de la “tradición”.

Resumiendo, observamos que en Francia se entiende “consentimiento” como acuerdo de voluntades<sup>61</sup> y para los alemanes la expresión acuerdo de voluntades

58 Consúltase una vez más a Flume, “*El negocio*”, 52: “La cooperación de una autoridad en un negocio jurídico puede ser del tipo en que la autoridad directamente colabore en el acto de autonomía privada [...]”.

59 Explica Wayar, “*Compraventa*”, 52-53, que “los autores alemanes enfatizan el carácter “abstracto” del acuerdo traslativo; con ello quieren poner de relieve que su concertación, validez y eficacia es completamente independiente del contrato de compraventa que le sirve de base”.

60 Autores como Alberto Tamayo Lombana, *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2004), 34 y 35, siguiendo las enseñanzas de Vélez, “*Estudio sobre el derecho*”, 200, y de Arturo Valencia Zea, “*Derecho civil*”, 61-62, hacen una exposición de la palabra “dar” y reconocen que tiene como significado en la compraventa la transferencia de la propiedad, pero a la vez dejan un manto de duda al asimilar que transferir es igual a transmitir. “La obligación de dar consiste en transferir el dominio [...]”. “Nos parece que el Código de Comercio de 1972 acabó de despejar cualquier duda en relación con la verdadera obligación del vendedor, al disponer en el artículo 905: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a *transmitir* [...]”. Entendiéndose “La transmisión del dominio por negocio jurídico entre vivos [...]”. En el caso de Valencia Zea también se confunde y sitúa mal el alcance de la expresión transmitir que como hemos reiterado encaja más en el “dar” o entregar a nivel material. Por su parte, Mario Castillo, *El bien material del contrato de compraventa: Estudio del capítulo segundo del contrato de compraventa en el Código Civil* (Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2.ª ed., 1995), 295-296, precisa que “la palabra ‘dar’ debe tomarse en el sentido del latín ‘dare’ que significa hacer la entrega de una cosa que se debe, y no está tomada del sentido vulgar de donar o de hacer una liberalidad, concepto que es diverso y que proviene de la palabra latina ‘donare’”.

61 Cf. Louis Josserand, *Derecho civil: Obligaciones y contratos*, t. I, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984), 39: “Consentimiento no es otra cosa, aquí, que el *acuerdo de voluntades* con ánimo de crear obligaciones [...]”.

•La obligación de transferir la propiedad•

es equivalente a negocio jurídico, dando a entender que todo contrato es un negocio jurídico compuesto por dos o más declaraciones de voluntad. Coinciden también los dos pensamientos jurídicos<sup>62</sup> en que la palabra “voluntad” sugiere una “voluntad única” o un sentir interno<sup>63</sup> de la persona, y nunca un contrato. Pero la diferencia entre la teoría del consentimiento francesa y la teoría del negocio jurídico alemán radica en la connotada precisión de esta última al declarar que “es un acto jurídico consistente en una voluntad dirigida a una consecuencia jurídica, que ha sido exteriorizada mediante su declaración”, permitiendo diferenciar el momento del perfeccionamiento de la compraventa y su instante de “consumación”. En efecto, si apreciamos la venta como un negocio jurídico contractual y no solamente como un contrato, podremos considerar más exactamente que, en contexto, el vendedor simplemente no está obligado a la entrega de la cosa vendida, como escuetamente lo establece nuestro Código Civil (art. 1880), sino que más explícitamente, “el vendedor está obligado a proporcionar al comprador la “propiedad de la cosa vendida o el derecho vendido” mediante la entrega de la cosa vendida, es decir, procurar<sup>64</sup> como mínimo la posesión inmediata corporal.<sup>65</sup> En otros términos, “la compraventa solamente *declara* el derecho del comprador a exigir la transmisión dominial; es decir, impone al vendedor la obligación de transferir la propiedad; no transmite este derecho directamente”.<sup>66</sup>

62 Comenta, Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, (Buenos Aires: Astrea, 1999), 172 y ss, la importancia de entender el consentimiento como aquel “acuerdo de voluntades”, ya que tanto franceses como alemanes convergen en la aplicación de este concepto dentro del marco contractual o del negocio jurídico.

63 Algunas disposiciones del derecho alemán conducen a suponer que una sola voluntad crea efectos obligatorios. En Francia una sola o única voluntad origina un acto pero no obligaciones. “[...] yo no puedo por mi sola voluntad transferir a ese o a aquel un derecho a mis bienes, si su voluntad no concurre para adquirirlos [...]”. Para una mayor ilustración cf., v.gr., Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones*, (México: Tribunal Superior del Distrito Federal, 2003), 17; Marcel Planiol y Georges Ripert, “*Tratado elemental*”, 141: “En estos ejemplos la voluntad solo es aparente, o temporal”.

64 Cf. Enneccerus, “*Tratado*”, 70: “Conforme a la intención de las partes, el vendedor tiene que entregar la cosa vendida no solo para un uso temporal, como en el arrendamiento, sino transmitirla definitivamente, o sea, colocándola al comprador en la situación jurídica de poder quedarse definitivamente con la cosa”.

65 Ibid., 45: “La transmisión inmediata de la propiedad o del derecho vendido, el CC la enlaza primero con el contrato real y abstracto o, en su caso, con el negocio abstracto de disposición combinado con un acto real de ejecución (entrega)”.

66 Wayar, “*Compraventa*”, 55.

## El instante de la transferencia de la propiedad en la compraventa

La compraventa es un negocio jurídico mercantil por antonomasia, el cual logra perfeccionarse en el sistema legal colombiano con el simple acuerdo consensual de las partes<sup>67</sup> y obtiene su eficacia o se consuma con un acuerdo traslativo llamado “tradición”, razón por la cual estos dos momentos: compraventa y tradición, como hemos explicado antes, involucran una necesarísima exteriorización de la voluntad de los contratantes. Nos queda entonces por precisar ¿en qué momento queda la compraventa perfeccionada y cuándo se consuma la obligación de transferir la propiedad?

En primer lugar, hay que considerar que dado que la compraventa es un negocio jurídico, por regla general se dice que esta se perfecciona cuando el vendedor y el comprador, al declarar sus voluntades, se obligan bilateral y conmutativamente a cumplir con el objeto recíproco: la cosa y el precio.<sup>68</sup> Al respecto, nuestro Código de Comercio<sup>69</sup> estipula más específicamente, supliendo el vacío del Código Civil, que ante todo y sin perjuicio de la liberalidad de las partes de acordar el momento y el lugar de su celebración (cuando las partes no acuerdan el lugar, la ley indica, la residencia del proponente) que el momento exacto en que se inicia el perfeccionamiento depende de la forma en que es captada la exteriorización de la voluntad de las partes: a) En caso expreso, si la oferta fuese verbal o por cualquier otro medio de escucha (teléfono o Internet), se supone aceptada al instante de oírla el comprador; al ser escrita la oferta, se empezarán a contar seis (6) días a partir de realizada para presumirse su aceptación, si el comprador reside en el mismo lugar del vendedor, de lo contrario, se sumarán a los días antes mencionados el de la distancia, que se obtiene calculando el medio de información usado por el vendedor; b) Tácita o cuando se inicia la ejecución de la compraventa, cuando el comprador le indica al vendedor la fecha de inicio del contrato o la entrega de la cosa.

67 La mayoría de los doctrinantes modernos coinciden en que el elemento consensual no es un requisito indispensable de la compraventa, es una parte fundamental e intrínseca de todo contrato, y desde ese punto de vista debe estudiarse. *Vid.*, por ejemplo, Díez, “Fundamentos”, 148.

68 Explica Ramón Badenes, “*El contrato*”, 259: “Desde el momento de la perfección, el contrato es obligatorio para las dos partes, y pueden, por lo tanto, compelerse recíprocamente a su cumplimiento”.

69 Confróntese lo dispuesto en los artículos 864, 850, 851, 852, 853 y 864 del Código de Comercio colombiano.

•La obligación de transferir la propiedad.

Fuera de sentar la base de la disimilitud entre el momento del acuerdo traslativo o de ejecución (transmisión) y el suceso de concertación en la compraventa (perfeccionamiento, transferencia)<sup>70</sup>, existen varias razones que justifican saber el preciso instante del perfeccionamiento o concertación de la venta, algunas de nuestro interés son:

1. La cosa que se va a vender debe existir al tiempo de perfeccionarse el contrato (CC, art. 1870; C. de Co., art. 918). 4. Al momento del perfeccionamiento es cuando podrá determinarse si la venta es conmutativa o aleatoria (CC, arts. 1498 y 1876; C. de Co., art. 918). 9. El vendedor es obligado a entregar la cosa a la época prefijada en la venta o, si nada se estipuló, inmediatamente después del contrato dentro de las 24 horas siguientes a su perfeccionamiento y la deberá entregar con todos sus accesorios y en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse la venta (CC, arts. 1860, 1873, 1882, inc. 1º, y 1947, inc. 2º; C. Co., arts. 912, inc. 3; 924 y 928).<sup>71</sup>

En segundo lugar, y de manera complementaria, la consumación acontece cuando las partes transmiten, cada una, no necesariamente de manera simultánea<sup>72</sup>, el dominio del dinero (comprador) y de la cosa (vendedor). Con la entrega material, contenida en la tradición, del bien vendido, se cumple con la obligación de procurar o garantizar la transmisión del dominio, produciendo en últimas la extinción del contrato de compraventa.<sup>73</sup>

Respecto a la compraventa de inmuebles, el momento de la perfección se suscita con la firma ante notario de la escritura pública<sup>74</sup>, de lo contrario el contrato no tendrá validez. Aunque hemos mencionado que la venta es reconocida como

70 Cf., entre otros, Fernando J. López de Zavallía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª ed., t. I., (Buenos Aires: Zavallía, 1997), 410: Desde otro punto de vista se busca acentuar la diferencia del "título" con el "modo", o sea, la compraventa como un contrato "creditorio consensual" (compraventa) o "causa fuente"; y la tradición que se valora como una "causa fuente inmediata" o de traslación instantánea. La compraventa (título), por sí sola, no transmite el derecho real, requiere el suceso posterior de la tradición (modo) para ello.

71 Cf. Hernán Valencia Restrepo, *Teoría general de la compraventa*, (Bogotá: Temis, 1983), 7-8.

72 Resulta evidente que siempre va existir un lapso de tiempo, aunque sea mínimo o casi imperceptible, entre el pago del precio y la entrega de la cosa, o viceversa; igual si la compraventa es manual o de inmueble. Fenómeno que varios autores han estudiado como, por ejemplo: Alterini, "*Contratos civiles*", 179; y Ricardo Luis, "*Tratado*", 187 (ver también nota de pie 30 de este capítulo).

73 Cumpliéndose con la obligación de entregar, propia del negocio jurídico de tradición, acontece la transmisión, de allí, que la tradición para muchos autores sea sinónimo de tradición. "Entrega y tradición son dos conceptos jurídicos muy diferentes [...]".

74 Artículos 1857 del CC.

consensual, doctrinal y legalmente, puede resultar contradictorio que la misma ley le imponga una formalidad; pero entendamos que esto se justifica en la “regla principal” que la compraventa es “libre de forma”, es decir, que las partes pueden optar por el medio oral o escrito para declarar su voluntad de negocio orientada a: un fin probatorio, instrumentar la transmisión<sup>75</sup> o individualizar las cosas inmuebles respecto a las muebles.<sup>76</sup>

Con el contrato de venta de inmuebles o “título suficiente”<sup>77</sup>, para que proceda el negocio de tradición es ineludible la inscripción de la escritura pública en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva<sup>78</sup>, solo quedando pendiente la entrega y el recibimiento voluntarios del inmueble mediante actos materiales del tradente y adquirente, lográndose la efectiva transmisión y por ende la consumación de la compraventa. El hecho de que se pueda cumplir el acto de entrega material, antes o después del registro, prueba que “tradición” y “entrega” son acontecimientos diferentes.<sup>79</sup>

En conclusión, “el contrato de compraventa queda perfeccionado cuando los contratantes, de común acuerdo, se han comprometido a cumplir las obligaciones que del mismo derivan; y se dice consumado cuando ambas partes han cumplido dichas obligaciones”.<sup>80</sup>

### Error sobre el contenido de la declaración en el negocio jurídico de la compraventa

Subestimar la distinción técnica de expresiones jurídicas como transferir, transmitir y dar, acarrea dificultades de naturaleza práctica en la identificación de la causa y del contenido en la declaración en la compraventa, más aún, cuando

75 Cf. Wayar, “*Compraventa*”, 297-298.

76 Véanse los comentarios de Badenes, “*El contrato*”, 260.

77 Sobre el particular explica Adelaida Rocco, *Boleto de compraventa*, 1ª reimpresión, (Buenos Aires: Astrea, 1989), 150: “Es el acto previo a la transmisión o constitución de un derecho real, y para ello debe reunir los requisitos legales de fondo (capacidad y legitimación de las partes) y de forma (tratándose de inmuebles escritura pública [...])”.

78 Cf. Enneccerus, “*Tratado*”, 393-394: “La transmisión debe preceder a la inscripción. O sea, que la solicitud y el consentimiento a la inscripción no basta para dar lugar a la inscripción, sino que la oficina del registro debe cerciorarse de que la propiedad ha sido transmitida”. “La transmisión solo produce el tránsito de la propiedad en unión con la inscripción”.

79 Perspectiva básica expuesta por Tamayo, “*El contrato*”, 123.

80 Consúltense nuevamente a Badenes, “*El contrato*”, 258.

•La obligación de transferir la propiedad.

nuestro sistema de traslación de la propiedad se rige por los cánones de la teoría del título y el modo, o, como se dijo, en la distinción de los momentos de perfeccionamiento y la consumación en la compraventa, base del negocio.<sup>81</sup>

Como también se ha expresado, el momento del perfeccionamiento de la venta o declaración de voluntad del negocio es cuando la declaración de la voluntad del vendedor se une con la del comprador, generando efectos de obligaciones. Y la consumación, que es el instante en el que la venta es eficaz, extinguiéndose las obligaciones o culminando la compraventa.

Confundir o aplicar indistintamente los términos técnico-jurídicos de transmisión (entrega en la tradición) y transferencia (traspaso de derechos personales o de crédito que facultan al comprador a exigir la transmisión del dominio) en la definición de compraventa, propicia la “discrepancia entre la voluntad real”<sup>82</sup> (acto de apropiación en la entrega) “y la declarada” (obligaciones adquiridas en la compraventa), dándose un error sobre el contenido de la declaración<sup>83</sup>, provocando que esta sea defectuosa o imprecisa.<sup>84</sup>

El simple hecho de tener dos normas jurídicas que indican paralelamente que el vendedor se “obliga a dar una cosa” (Código Civil), o, que se “obliga

81 Cf., Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (Granada: Comares, Ed. Colección Crítica del Derecho, 2002), 5: “Ha de entenderse por base del negocio: ‘La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en la que se basa la voluntad negocial’”.

82 Al respecto enseña Enneccerus, “*Tratado*”, 68, que la voluntad real o actuaciones de voluntad, “dan realidad a una voluntad que, sin tener un fin de manifestación, *dan realidad* a una voluntad de negocio como, por ejemplo, la apropiación, el abandono de la propiedad, [...]”. La palabra “apropiar” a la luz interpretativa del § 958 del BGB alude al acto de tomar para sí una cosa con ánimo de señor y dueño, por lo que se aplica sin problemas al contexto de la tradición.

83 En conexión consúltese una vez más a Enneccerus, “*Tratado*”, 388: “Semejante error en la expresión puede incurrir sobre todo cuando se emplea una lengua extranjera o términos técnicos, incluso los de índole jurídica”.

84 Cf. De Castro y Bravo, “*El negocio*”, 123: “*Declaración defectuosa o inadecuada*. Este tipo de error respecto a la declaración, es el de mayor interés práctico y el que ofrece más dificultades, por las discrepancias entre los autores y falta de regulación legal. Ha de advertirse, ante todo, que la disconformidad entre lo declarado y lo que se ha querido manifestar, es la discrepancia no conocida y no querida, y que, por lo tanto, no se incluye en ella la reserva mental, la simulación y la declaración falsa, figuras que tienen otro y especial significado. El supuesto aquí tratado es el de haberse querido hacer una declaración, y con significado negocial; pero que, para ella, no se hubieran debido utilizar los signos empleados (‘error in verbis’) o que se les usó con otro sentido que aquél con el que se les entienden (‘error in sensu’). Estas declaraciones defectuosas pueden ser consideradas desde diversos puntos de vista, y su complejidad aconseja se les enumere, teniendo en cuenta: en cual elemento de la declaración se encuentra el error, la materia respecto a la que se incurre en error, las personas causantes del error y la importancia de ese error”.

a transmitir la propiedad de una cosa” (Código Comercial) en la compraventa, trae consigo que aquellas personas en su “voluntad de acto externo” que deseen hacer parte o quieran celebrar un contrato de compraventa (firmar el contrato), se enfrenten no solo a la compleja tarea de interpretar o entender el alcance práctico y real de la voluntad declarada de la contraparte; sino que también, cada contratante que no sea un jurista entienda plenamente que con la manifestación de su voluntad en el contrato de compraventa no está adquiriendo inmediatamente la propiedad sobre la cosa vendida, y que por lo tanto simplemente está obteniendo un derecho obligacional o crediticio.<sup>85</sup>

Recapitulando, si las partes deciden poner en el contrato que el vendedor se “obliga a *dar* una cosa”, siguiendo el precepto civil, la declaración de la voluntad sería defectuosa o imperfecta, por dos razones: 1) Como ya se mencionó, la expresión “dar” es de práctica o de uso adecuado de la corriente legal francesa, porque si bien “dar” es una palabra con sentido muy amplio, es causante de una constante polémica interpretativa doctrinal y jurisprudencial en nuestro país<sup>86</sup> para poder especificar el momento del traspaso de la propiedad en la compraventa. Esta discusión es intrascendente en el país galo, por cuanto allá no se adopta plenamente la teoría del título y el modo, es decir, basta el solo contrato o título<sup>87</sup> de compraventa para transmitir la propiedad, no se distingue un lapso de tiempo entre el perfeccionamiento y la consumación del contrato<sup>88</sup>; hecho que en cambio no acontece en Colombia, donde resulta indispensable precisar con un lenguaje jurídico pertinente, no solo el instante exacto de la transmisión o entrega, sino, también, qué tipo de derecho objetivamente se está desplazando en la

85 “Se estaría más cerca de la verdad diciendo que la venta es un contrato en virtud del cual, una de las partes, el vendedor, se obliga a transferir y garantizar al comprador una propiedad corporal o incorporal, mediante un precio en dinero que este se compromete a pagarle”. “Pero esta segunda definición, a pesar de su amplitud, no vendría tampoco a todo lo definido, porque hay ventas que no tienden en modo alguno a desplazar una propiedad, corporal o incorporal: venta de un crédito o de un usufructo; vale más, pues, generalizar aún y decir que *la venta es un contrato por el cual el vendedor se compromete a ceder al comprador y a garantizarle una cosa o un derecho preexistente, mediante el pago de un precio en dinero*”. En el mismo sentido consúltese a Louis Josserand, “*Derecho civil*”, t. II. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984), 3-4.

86 Cf., v.gr., Cesar Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles*, (Medellín: Diké, 1983), 63-64.

87 Cf. Adelaida Rocco, “Boleto”, 60: “El Código Civil francés, apartándose del principio romano según el cual: ‘No por el nudo pacto, sino por la tradición y la usucapion se adquiere el dominio de las cosas’. (Traditionibus et uceptionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur), consagra el principio que la propiedad se transmite por el solo contrato, sin ser necesaria la tradición [...]”.

88 Tamayo, “*El contrato*”, 26 y ss.



•La obligación de transferir la propiedad.

venta: personal, de crédito o real, propiedad o posesión. 2) Complemento de lo anterior es que al emplear la expresión “dar” en un contrato de compraventa, así se pretendan instituir conceptos doctrinales y jurisprudenciales<sup>89</sup>, no armonizará adecuadamente con los lineamientos de la “tradición” como modo de transmitir la propiedad, provocando una distorsión en la aptitud de los contratantes de percibir o diferenciar realmente “entre el título para adquirir y el modo de adquirir, entre la idea o el hecho, entre la causa y el efecto”.<sup>90</sup>

Asimismo, utilizar la palabra “transmitir” de nuestro Código Comercial en la compraventa, que no obstante intenta ser más precisa para describir el momento de la traslación en el contrato, posee vínculos jurídicos muy estrechos con la expresión “dar” que nos hacen cuestionar su uso adecuado en una definición. La mayoría de doctrinantes consideran, ciertamente, que el acto de “transmitir” se sujeta a la obligación de entregar<sup>91</sup>, siendo difícil su admisión como elemento inherente a la compraventa.<sup>92</sup> Es así como la transmisión se contextualiza más apropiadamente en un sistema legal francés donde: “La obligación de dar comprenderá la de entregar la cosa”<sup>93</sup> y la transmisión del dominio se perfecciona por el solo consentimiento de las partes en el contrato de compraventa.<sup>94</sup>

Aplicar y percibir erradamente, por disposición legal, que en la compraventa la causa y el efecto esencial es el transmitir o entregar materialmente una cosa, y no la transferencia de un derecho personal o la obligación de procurar el dominio por medio de la tradición posterior, constituye modernamente un error

89 Cf. Alejandro Bonivento, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17ª ed., (Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008), 1 y ss.

90 Cf., otra vez, Adelaida Rocco, “Boleto”, 62-63.

91 Interpretando la sentencia de 2 de septiembre de 1970 de la Corte Suprema de Justicia, Bonivento, “*Los principales contratos*”, 3, expone: “b) La que sostiene que dar es sinónimo de entregar o sea que el vendedor cumple su obligación haciendo entrega de la cosa y garantizando, luego, la posesión pacífica de la cosa. Personalmente nos inclinamos por esta corriente [...]”.

92 Consúltense explicaciones de Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil. Contratos*, t. IV, (México: Porrúa, 1994), 55.

93 Cf. Artículo 1136 del Código Civil francés.

94 En este punto relata Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, traducción de Mario Díaz Cruz, t. 10, (La Habana: Editorial Cultural, 1954), 8, “Los redactores del Código Civil son quienes modificaron la noción histórica de la compraventa, al decidir implícitamente que esta supone la transmisión al adquirente de la propiedad de la cosa vendida. Al final del antiguo derecho, Pothier afirmaba todavía que la transmisión de la propiedad no era elemento de la venta, ya que esta solamente hacía nacer obligaciones recíprocas a cargo de las partes”.

de derecho<sup>95</sup> que afecta el contenido de la declaración, volviéndola consecuentemente defectuosa o inadecuada, porque las partes terminan desconociendo o errando la existencia o el alcance de las definiciones normativas de compraventa civil y comercial.

En últimas, este suceso de error ocasiona en la teoría del título y el modo una grave confusión al intentar distinguir el instante de la eficacia o perfeccionamiento en la compraventa, implicando confundir transferir con transmitir, o, en otras palabras, no se separa la tradición del contrato de compraventa. En la práctica, crea discusión en: 1) El momento de poder exigir el saneamiento por evicción, antes o después de la entrega material. 2) En la venta de cosa ajena, decidir si alegar una invalidez o inexistencia. 3) En cuanto a la ratificación para que valga la venta de cosa ajena (arts. 1752 al 1756 del CC), no se explica porqué la ley exige que el verdadero dueño ratifique la venta en favor del comprador para que adquiera los derechos, si la misma ley dice que es válida la venta de cosa ajena, se ata indivisiblemente la venta con la tradición<sup>96</sup>. 4) Continuar dudando si en Colombia procede o no implementar una compraventa con efectos reales.

## Conclusión

Lo expresado hasta este punto confirma que, a pesar de la existencia de algunos pasajes poco explícitos del Código Civil colombiano, el paradigma de una compraventa estrictamente obligacional pervive en nuestro derecho privado en el marco de la técnica causalista *del título y modo*. Por ende, es importante expresar que la noción de un contrato eficazmente obligacional debe conservarse en el ordenamiento jurídico colombiano porque es el que mejor se adapta a las necesidades prácticas del comercio, en unidad con el requisito del modo traslativo de la *tradición*.

95 Vid. Díez, "Fundamentos", 180, "La doctrina tradicional, con base en la norma según la cual 'la ignorancia de las leyes no es excusa de su cumplimiento', sostenía la irrelevancia del error *iuris*. La doctrina moderna entiende, con mayor acierto, que la ignorancia de la ley como excusa del cumplimiento de la misma y el error o la ignorancia sobre la ley como motivo de irregularidades de un contrato, se mueven en órbitas distintas. Si el error se alega como excusa del cumplimiento de lo que ordena una disposición legal, tal error no puede ser tenido en cuenta y la disposición legal debe cumplirse".

96 Para Vélez, "Estudio sobre el derecho", 191: "Esta dificultad puede desaparecer distinguiendo la venta de la tradición que debe ser consecuencia de ella. La venta no requiere ratificación, puesto que vale, pero como la ley no ha dicho que valga la tradición que una persona haga de cosa ajena (art. 742), la ratificación del dueño de la cosa a lo que se refiere es a la tradición, o es esta la que ratifica el dueño de la cosa".

•La obligación de transferir la propiedad•

Se trata, en resumidas cuentas, de usar la sencilla regla aplicada por los juristas de antaño: “[...] en los casos que había muchos pasajes [...] contradictorios [...] ha puesto como regla para todos los demás lo que parecía tener más recto sentido [...]” (*Instituciones - Digesto: 1ª-2ª- 3ª Parte*).<sup>97</sup>

.....  
<sup>97</sup> Cf. David Fabio Esborraz, *El efecto obligacional: Otra 'diferencia específica' de la noción de contrato del sistema jurídico latinoamericano. Memoria del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011), 407 y ss.



# PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: INFLUENCIA DE LA LEY TIPO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE UNCTAD Y OTROS ANTECEDENTES NORMATIVOS FORÁNEOS

Andrea Alarcón Peña

## Introducción

El análisis del tratamiento y el desarrollo que ha tenido el derecho a la libre competencia a partir del primer antecedente normativo colombiano desbordaría las pretensiones del presente capítulo; sin embargo, esbozar algunas de las particularidades del sistema constitucional colombiano en el que descansa resulta esencial para comprender su importancia como principio y derecho. Su naturaleza jurídica resulta ser compleja y esta característica ha sido producto de la influencia de diversos sistemas normativos que han contribuido a su estructuración y permiten entender los diversos matices que lo acompañan.

Como señala Smith en *La riqueza de las naciones* “el consumo es el fin último y propósito de toda producción; habría pues que atender al interés del productor solo en la medida en que es necesario para promover el del consumidor [...] en el sistema mercantil, el interés del consumidor se sacrifica casi de forma constante al interés del productor; y parece considerarse la producción y no el consumo

como fin último y el objeto de toda la industria y el comercio”.<sup>1</sup> Este argumento permite introducir la idea de que toda la producción apunta al consumo, que este se encuentra condicionado por múltiples variables, que el mercado se caracteriza por agentes diversos y que en consecuencia la protección de la competencia económica no puede satisfacer los intereses de uno solo de los extremos de la relación comercial. Al tratarse de una relación dinámica, múltiples actores concurren al mercado en procura de satisfacer sus propios intereses —disímiles—. Como se desarrollará, las normas de protección y promoción de la libre competencia giran en torno a la protección de dos objetivos: eficiencia del mercado —orientación propia de una visión mucho más economicista— u objetivos sociales<sup>2</sup> —propios de una visión jurídica— y aunque la cuestión pareciera ser sencilla, el debate aún se encuentra inconcluso.<sup>3</sup>

La promoción y la defensa de la libre competencia económica no es un asunto de carácter nacional ni estrictamente doméstico; por el contrario, su protección compete a todos los países del mundo que, con economías globalizadas y en proceso constante de apertura, necesitan disposiciones e instituciones que protejan el mercado, a los consumidores y a los agentes económicos que en él hacen presencia. La necesidad de rivalidad con reglas claras exige un marco normativo soportado con instituciones fuertes e independientes que, en caso de violación o vulneración —producto de comportamientos oportunistas—, puedan adelantar acciones e imponer sanciones.<sup>4</sup>

Este fenómeno globalizante, con múltiples actores económicos operando en mercados internacionales, suscitó la necesidad de blindar las relaciones comerciales con reglas formales claras pro defensa de la competencia. Para ello, los

---

1 Adam Smith, *La riqueza de las naciones*. (Madrid: Taurus, 1776).

2 Para Guillermo Barón Barrera además de estos dos objetivos, la protección del pequeño empresario también debe ser considerada. (*El derecho de la competencia en los grupos empresariales*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010, 67).

3 Jesús Alfonso Soto Pineda, (“La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio”, *Universitas*, 128, enero-junio, 2014, 315-355). Respecto a la falta de acuerdo sobre los objetivos que debe perseguir la normativa de la competencia económica es posible consultar, Alejandro Falla y Quintana, Eduardo, “Construyendo una estrategia común: el derecho de la competencia en la Comunidad Andina”, (*Revista Themis*, 47, 2003, 173).

4 Graciela Muguillansky y Verónica Silva. *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*, (Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 2004) 5-6.

países en el mundo han adoptado, a nivel doméstico, normativa en ese sentido<sup>5</sup> y los procesos de integración económica se han caracterizado por incluir en los instrumentos internacionales que les dan origen y los regulan disposiciones similares.

Varias organizaciones supranacionales han tomado partido en este proceso, así la Cepal, el Banco Mundial, la OCDE (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo) y la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), reconociendo la importancia de un mercado más amplio para el intercambio de bienes y servicios, con reglas más uniformes que fundamenten el margen de acción de los diversos agentes económicos<sup>6</sup>, han generado espacios de discusión y asesorado a diversos países para promover la normativa al respecto con un matiz más homogéneo e internacional.<sup>7</sup> Se pretende entonces otorgar protección a la libre competencia económica con independencia del entorno en que se produzca el proceso económico de intercambio.

La ONU, a través de la UNCTAD, ha jugado un papel decisivo en la consolidación de esta pretensión, para ello adoptó la Ley Tipo de Defensa de la Competencia que señala como objetivo de la legislación en mención “fomentar y proteger la competencia en los mercados”. No obstante esta mención, es claro que la norma entiende que el “mercado no es un fin en sí mismo sino que se encuentra subordinado al logro de unos objetivos mayores fijados por la sociedad”<sup>8</sup>, por ello reconoce la existencia de múltiples metas adicionales que complementan este enunciado genérico y que son, a) el aumento del bienestar del consumidor; b) la eficiencia —que cobija la eficiencia en la asignación de recursos, en la productividad y la eficiencia dinámica<sup>9</sup>—; y, c) el mantenimiento del proceso de la competencia.

5 Según informe de la UNCTAD, para el 2007, 113 países en el mundo habían adoptado, o estaban en proceso de adoptar, legislación de defensa de la competencia (UNCTAD, 2007, i).

6 Luis Fernando Álvarez Londoño, “Últimas tendencias en Derecho a la competencia en América Latina”, *Universitas*, (enero-junio, 2006), 250

7 Por ejemplo, desde el año 2003 la OCDE desarrolla el Foro Latinoamericano de la Competencia para favorecer el desarrollo de una política de competencia en toda América Latina. Este foro cuenta con el apoyo del Banco Mundial y la UNCTAD.

8 Carlos Andrés Uribe Piedrahíta y Fernando Castillo Cadena, “El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico)”. (*Universitas*, 110, julio-diciembre, 2005), 229.

9 Estos tres conceptos de eficiencia son definidos por la ley y señalan que la eficiencia en la asignación de recursos supone la “asignación de recursos a su uso más valioso”, la eficiencia de la productividad exige “producir bienes

Esta disposición, como todas las leyes tipo o modelo, constituyen una herramienta de colaboración para los estados miembros para que la incorporen en sus legislaciones internas o enriquezcan las disposiciones normativas existentes. De esta ley modelo vale la pena resaltar la mención que respecto de los objetivos de defensa de la competencia realiza al considerar que estos tres agrupan las diversas tesis que las principales normas de competencia del mundo consignan —EE. UU. y UE—.

### La normativa europea y norteamericana de protección de la libre competencia

Estos modelos de legislación en materia de competencia económica contemplan objetivos diversos que aparentemente resultan imposibles de armonizar<sup>10</sup>, y que encuentran reflejo en sus marcos normativos que se adscriben a la tendencia de la Escuela de Chicago o la de Harvard<sup>11</sup>. La Escuela de Chicago<sup>12</sup> —que ejerce influencia importante en la normativa *antitrust* estadounidense<sup>13</sup>— aboga por la

---

a un menor costo" y la eficiencia dinámica propicia "desarrollar mejores bienes y servicios por medio de la innovación" UNCTAD, *Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas*, (Ginebra: Naciones Unidas 2015), 3.

10 Como señalan David Bardey, Alejandro Becerra y Pilar Cabrera la política de competencia oscila generalmente entre dos visiones "la simple protección del bienestar económico de los consumidores y un criterio de eficiencia que, por construcción, se añade al excedente económico de las empresas. Cuando se tiene en cuenta un mero criterio de eficiencia, se debe resaltar que los aspectos redistributivos, i.e., como se reparten los excedentes económicos entre consumidores y empresas, no hacen parte de las preocupaciones de la política de competencia. En efecto, existe el consenso de que no debe ser el papel de la política de competencia preocuparse por la repartición de los excedentes, ya que esto corresponde a las políticas públicas de los Estados [...]". (*Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia*, Bogotá: Fedesarrollo, 2013), 13-14. En estricto sentido, y siguiendo a Jesús Alfonso Soto Pineda, dos serían los enfoques principales en materia de legislación de defensa de la libre competencia, el excedente económico y el bienestar social, este último propio de la Escuela de Harvard que reconoce una función social asociada a la satisfacción de intereses colectivos, a esta normativa que supera la simple argumentación económica ("La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio", *Universitas*, 128, enero-junio, 2014), 355-356.

11 María del Carmen Navarro Suay, ("La promulgación de la Sherman Act.: Factores históricos, económicos y legislativos", *Revista de Derecho Mercantil*, 253, 2004).

12 Respecto a esta escuela, es preciso traer a colación la afirmación de Soto Pineda y Jaramillo de los Ríos cuando reconocen que diversas concepciones doctrinales respecto al derecho *antitrust*, provenientes de latitudes diversas y centros de estudio e investigación, han enriquecido a dicha escuela por lo que circunscribirla solamente a dicha universidad resultaría poco acertado atendiendo a la evolución de las ideas a lo largo del globo. "Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: El aporte del neoinstitucionalismo", (*Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 2016).

13 Soto Pineda, "La defensa", 315-355.



defensa de la eficiencia económica de los mercados y del proceso económico como fin último de esta legislación, generando “mayores riesgos de disociación del interés individual y colectivo”<sup>14</sup>; por el contrario, la Escuela de Harvard —con fuerte influencia en la Unión Europea— señala que estas reglas persiguen una función social aunada a la defensa de los intereses colectivos. Esta última escuela es la que ha permitido a Cabanellas de las Cuevas señalar que los propósitos que persigue la legislación *antitrust* estadounidense no son exclusivamente económicos sino también extraeconómicos entre los cuales pueden mencionarse el “asegurar la eficiencia del sistema productivo, en particular lo que concierne a la asignación de recursos entre los diversos sectores, a la incentivación de la producción, la investigación y las innovaciones y a la distribución de la riqueza entre los diversos sectores de la población”.<sup>15</sup>

Respecto a los fines de la normativa de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, es posible señalar que son mucho más amplios que los que señala la legislación *antitrust* estadounidense pues aboga, además de la búsqueda de la eficiencia económica, por “el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.”.<sup>16</sup> En el mismo sentido, Jenny reconoce como objetivos del derecho europeo de la competencia “por un lado, asegurar el bienestar de los consumidores y, por otro, unificar el mercado europeo eliminando las barreras en el comercio de los estados miembros”<sup>17</sup>, señalando, sin embargo, que podrá perseguir objetivos secundarios mencionando los descritos anteriormente.

14 Pablo Martín Urbano y Juan Ignacio Sánchez Gutiérrez. “La política de competencia, crecimiento y globalización” (*Contabilidad y negocios* 9, 17, 2014), 83-99.

15 Guillermo Cabanellas de la Cueva, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. I, (Buenos Aires: Heliasta, 2005).

16 Fernando Díez. “Los objetivos del derecho antitrust”. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 224, (marzo-abril, 2003): 32-52.

17 Frédéric Jenny. “Razón de ser del derecho de la competencia y misiones encomendadas a las autoridades”, (*Ekonomiaz*, 61, primer cuatrimestre, 2006), 40-55.

Esta apertura, respecto a la búsqueda de objetivos diversos podría explicarse, en palabras de Pace<sup>18</sup>, a partir de la jurisprudencia de la Comisión Europea que en una primera fase —años 60— abogó por la protección de la unidad del mercado y por la inexistencia de barreras entre los estados miembros; en una segunda fase —años 70 a 90— la pretensión del derecho de defensa de la competencia apuntaba a lograr la competencia efectiva y eficaz sin olvidar metas sociales —sin precisar cuáles—; y la tercera etapa —desde los 90 hasta hoy— apunta a la necesidad de “equilibrio entre los intereses de las empresas y de los consumidores, al considerar nuevas situaciones económicas no previstas en las normas de competencia [...] así como de promover el diálogo entre consumidores y empresas, de forma que se aumentara la confianza de los consumidores en el mercado, ya que la competencia no es un instrumento suficiente para su logro”.<sup>19</sup>

No obstante este recorrido, podría indicarse que existen dos hilos conductores identificables a lo largo de la evolución de esta política: su contribución a la construcción de un mercado único<sup>20</sup> y la contribución al bienestar de los consumidores, sin desatender los objetivos restantes expresados con antelación.<sup>21</sup> Como indica Herrero Suárez “el derecho de la competencia comunitario surge en el marco de un proceso de creación de ese mercado único” por lo que “en pro de ese objetivo se adoptan una serie de instrumentos de tipo jurídicos, entre los que se ocupa un papel preponderante el relativo a la creación de un régimen destinado a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado común”<sup>22</sup> para evitar lesión a los derechos de los consumidores, afectaciones al mercado y menoscabo del mercado único.

18 Lorenzo Federico Pace. *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

19 Comité Económico y Social Europeo, “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Regulación de la Competencia y los Consumidores”, *Diario oficial de la Unión Europea*, 16 de diciembre 2006.

20 Esta noción de mercado único ha sufrido modificaciones importantes con el mercado digital. Por ello los instrumentos de la política de competencia se están adaptando rápidamente a las características específicas que tienen estos mercados, constituyendo una de sus prioridades principales. En mayo de 2015 la Comisión adoptó la Estrategia para el Mercado Único Digital basada en tres pilares “mejorar el acceso de los consumidores y empresas a bienes y servicios digitales en Europa; crear condiciones adecuadas y equitativas para que prosperen las redes digitales y los servicios innovadores; aprovechar al máximo el potencial de crecimiento de la economía digital” (Comisión Europea 2016, 15)

21 Comisión Europea, (*Informe sobre la política de competencia*, 2010. Bruselas, 2010, 4)

22 Carmén Herrera Suárez. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*. Madrid: La ley, 2006.

Al hacer un análisis de los objetivos de la normativa de defensa de la competencia a partir de las dos escuelas descritas —Chicago y Harvard—, podría indicarse que existe una pugna entre objetivos de naturaleza puramente económica y objetivos sociales. Esta discusión, sin embargo, pareciera ser estéril en la medida en que la exclusión de variables económicas o sociales de la ecuación no resulta adecuada, por el contrario, la concurrencia de estos objetivos pudiera armonizarse sin sacrificar, de manera absoluta, ninguno de ellos —un ejemplo de ello se advierte en la postura de la Comisión Europea—.

No es posible señalar que la protección de la competencia abogue únicamente por el resguardo de los comerciantes o empresarios con el fin de evitar distorsiones en el mercado, ni mucho menos que se olvide este enfoque y se atienda solamente al consumidor y a los pequeños empresarios; todos los agentes económicos —oferentes o demandantes de bienes y servicios en el mercado— requieren de medidas que garanticen que las condiciones en que se produce el proceso de intercambio sean claras y leales. Podría concluirse, respecto a este punto que, aunque una legislación o política de competencia persiga fines economicistas no podrá apuntar a la búsqueda exclusiva de un incremento de la productividad económica pues ello supondría, en algunos casos, la lesión de derechos colectivos de los ciudadanos o la afectación de su bienestar general en procura de alcanzar el objetivo de la eficiencia del mercado.

Uno de los autores que supera esta discusión y concilia estos objetivos es Fikentscher, quien de acuerdo con los postulados de la Escuela de Friburgo —fundamental en la construcción del sistema de Economía Social de Mercado<sup>23</sup>—,

23 Sistema constitucional económico materialmente reconocido por la jurisprudencia constitucional colombiana. Esta posición se advierte en las sentencias C-265 de 1994 (en las que reconoce un sistema de economía de mercado, pero la explicación de sus elementos permiten identificar un sistema de ESM), C-524 de 1995 (aunque en esta no se menciona con exactitud la expresión ESM sí se indica que el sistema es de economía de mercado con la posibilidad para el Estado de intervenir en la economía para lograr los fines que el Estado social de derecho persigue. Jheison Torres Ávila, *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. 1, (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012), C-535 de 1997, C-616 de 2001, C-815 de 2001, C-615 de 2002, C-830 de 2010, C-228 de 2010, C-978 de 2010, C-263 de 2011, C-909 de 2012, C-263 de 2013, C-148 de 2015 y C-035 de 2016. Aunque la línea jurisprudencial se ha construido con decisiones de la Corte Constitucional, es preciso señalar que esta posición encuentra soporte en pronunciamientos del Consejo de Estado en los que este tribunal ha reconocido —siguiendo la línea del Tribunal Constitucional— que la economía social de mercado es el sistema económico constitucional colombiano, es posible advertir esta postura en sentencias de la Sección tercera. 4 de septiembre de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) M.P. Santofimio, Jaime Orlando; Sección Tercera. 9 de julio de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830) M.P. Santofimio, Jaime Orlando; Sección Tercera. 21 de febrero de 2007. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP). M.P. Fajardo

presenta una postura integradora que aboga por la igualdad de condiciones en el mercado —función jurídico-política—, la garantía de la justicia y la lealtad en las relaciones entre agentes económicos —función político-económica— y la distribución equitativa de recursos en defensa del bienestar de todos los ciudadanos —función político-social—. <sup>24</sup>

Si una de las premisas básicas del funcionamiento de un sistema de economía social de mercado es la protección de la libre competencia, ella no puede apuntar solamente a amparar el buen funcionamiento del mercado desatendiendo el objetivo social que le da su impronta característica, ni tampoco podrá convertirse en el mecanismo de defensa de grupos en condición de precariedad, pues lo anterior significaría renunciar a la búsqueda de la eficiencia de agentes económicos notables en procura de la protección de los primeros, circunstancia que sacrificaría a un sector de la población y generaría situaciones de desigualdad potenciadas por el Estado. Por esta razón, este sistema aboga por la protección de la libre competencia como principio fundante que potencia el adecuado funcionamiento de los mercados, restringe comportamientos abusivos por parte de los agentes económicos y maximiza el bienestar de los consumidores, independientemente de la capacidad económica que ostenten —ya que el sistema debe garantizar que, con independencia de este factor, todos puedan concurrir al mercado para cubrir las necesidades básicas y satisfacer un mínimo vital—.

Estas razones apoyan la tesis propuesta por el profesor Lande quien ha señalado que la prioridad del derecho a la competencia es la protección de los consumidores<sup>25</sup> quienes resultan ser los más perjudicados por la existencia de fallos

---

Gómez, Mauricio; Sección tercera. Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). M.P. Correa Palacios, Luz Stella y; Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505)) M.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

24 Wolfgang Fikentscher, "Las tres funciones del control de la economía (derecho antimonopolio)". (*Revista de derecho mercantil* I, 172-173, 1984), 459-486.

25 En el mismo sentido y como señalaba en su momento el Tribunal de Defensa de la Competencia en España (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), "el gran beneficiario de la competencia es el consumidor. Con la competencia los precios bajan, la calidad mejora, las empresas se vuelven exquisitas en el trato a sus clientes y, lo que es más importante, el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección. Cuando hay monopolio o restricción de la competencia, al consumidor se le impone todo. Se le impone un abanico limitado de productos a elegir. Se le imponen calidades, precios y, especialmente, el trato que las empresas le dan. El monopolio hace esperar a un cliente porque sabe que no hay ninguna otra empresa que pueda suministrarle el servicio que el monopolio le niega. Pero, en el momento en que aparece un competidor, la captación y el mantenimiento de un cliente se convierten en la tarea fundamental de la empresa" Tribunal de Defensa de la Competencia, ("Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios".

del mercado que restringen la eficiente asignación de recursos y generan barreras para que los ciudadanos participen de los beneficios que un proceso eficientemente competitivo genera.<sup>26</sup> Tradicionalmente, se ha considerado que cuando se producen condiciones adecuadas de competencia —no mercados perfectamente competitivos sino adecuadamente competitivos, mercados caracterizados por competencia realizable<sup>27</sup> y no competencia perfecta— los consumidores resultan ser los más beneficiados al producirse una redistribución de los beneficios que el proceso económico genera. No obstante esta mención, resulta claro que la “utilización de la tutela de los consumidores como objetivo del Derecho de la Competencia es una metodología correcta, en tanto no se pretenda con ello excluir a otras metas que también han orientado a esa rama jurídica”.<sup>28</sup>

La búsqueda de la protección de consumidor, sin embargo, no debe ser confundida con la búsqueda del interés general —el del productor y el consumidor—<sup>29</sup> y las políticas de defensa de la competencia no pueden ser equiparadas con las políticas de defensa del consumidor que, aunque compartan elementos comunes, registran diferencias significativas. Por ejemplo, materias como la reglamentación de la calidad y la seguridad de los productos y servicios, protección frente a información falsa o engañosa o el control respecto a prácticas abusivas en materia contractual y asimetrías en la información no encuentran asiento en las disposiciones de competencia.<sup>30</sup> No obstante, resulta claro que, aunque ambas fomentan el bienestar de los consumidores, lo hacen por sendas diferentes.

---

En *Tribunal de Defensa de la Competencia Europea, La defensa de la competencia en España y Europa. Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Europea*. Barcelona: La Caixa, 1995), 86-312.

26 Cf. Robert Lande, “Consumer Choice as the Best Way to describe the Goals of Competition Law”, (University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper, 2012) 1-13. y “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust”, (University of Pittsburgh Law Review, 2, 63, 2001): 503-525.

27 Andrea Alarcón Peña, “La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la Economía Social de Mercado y sus implicaciones normativas”, (*Prolegómenos*, 2016), 109-124.

28 Guillermo Cabanellas de las Cuevas, (*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. I). Buenos Aires: Heliasta, 2005), 68.

29 UNCTAD, *Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia, capítulo I revisado. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas*, Naciones Unidas, (Ginebra, julio 6-10, 2015), 3.

30 UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia*, capítulo VIII, revisado el 9-12 de julio de 2012. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.

La protección del consumidor como objetivo de la política de competencia no debe desatender la búsqueda de objetivos como la eficiencia de los mercados. La búsqueda del interés general y la protección en sí misma de la competencia que permiten desarrollar una política integral que atienda a todos los sectores involucrados en el proceso de intercambio de bienes y servicios. Es en ese sentido en el que se indica que la protección del extremo débil de la relación comercial debe ser el objetivo principal. A él se llegará una vez se garantice el funcionamiento eficaz de los mercados y se corrijan sus deficiencias.<sup>31</sup>

La política de defensa de la competencia se orienta a la oferta del mercado y su objetivo es, desde la perspectiva de protección de los consumidores, conseguir que ellos tengan la posibilidad de elegir entre diversos oferentes las opciones que consideren adecuadas y asequibles. La política de defensa del consumidor se orienta en la perspectiva de la demanda y pretende alcanzar, respecto de los consumidores, que estos puedan ejercer, de manera real y efectiva, su capacidad de elegir. Estas dos posiciones ratifican el argumento sostenido con anterioridad que señalaba que las dos apuntan a objetivos comunes —funcionamiento del mercado en condiciones de eficiencia y satisfacción de intereses sociales—, deben coordinarse para obtener un enfoque integral del mercado y que, aunque registran perspectivas diferentes, no pueden transitar por caminos disímiles sin puntos de encuentro. En este sentido, como señalan las directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, “los gobiernos deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de brindar a los consumidores la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos”.<sup>32</sup>

En el caso europeo vale la pena señalar que ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni otros documentos comunitarios reconocen a la libre competencia económica como un derecho, circunstancia que no riñe con el reconocimiento de otros derechos de naturaleza económica que requieren de mercados competitivos para su pleno y eficaz ejercicio, así el art. 15 “libertad

31 UNCTAD, Comisión de Comercio y Desarrollo. *Los beneficios de la política de la competencia para los consumidores. Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre homólogos del derecho y la política de la competencia, examen de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia y Estudios Relacionados con las Disposiciones del Conjunto de Principios y Normas*, (Ginebra: Naciones Unidas, 2014).

32 Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999)*. (Ginebra: Naciones Unidas, 2003, 4. Consultado noviembre 1, 2016. [http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption\\_sp.pdf](http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf)).

profesional y derecho a trabajar”, el art. 16 contempla la “libertad de empresa”, el art. 17 el “derecho a la propiedad” y desde el art. 27 múltiples derechos asociados a libertades laborales. El art. 38 de la Carta en mención indica “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección al consumidor”, circunstancia que es novedosa al considerar, en palabras de López Escudero, que “en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no aparecen referencias sobre el derecho a la protección de los consumidores en cuanto tales [...] los intereses de los consumidores solo se salvaguardan de manera indirecta mediante la protección de los derechos de los consumidores como personas”.<sup>33</sup> El art. 38 en mención no contiene derechos subjetivos alegables de manera directa ante los tribunales, pero asigna objetivos a los poderes públicos.

La teleología de dicho artículo apunta al establecimiento de un principio que sirva como guía a la actuación de todos los órganos y países miembros de la Unión Europea en desarrollo de las múltiples competencias que le han sido atribuidas. La protección del consumidor no es un derecho, pero podría ser interpretado como un principio de la Unión partiendo de la premisa de que la protección de un mercado único caracterizado por la libre competencia económica es condición para que los consumidores puedan ejercer la libertad de acceder y elegir. Además, los estados miembros tienen que aceptar este principio, promoverlo activamente e incorporar en su legislación disposiciones que protejan y sancionen comportamientos o prácticas que pudieran lesionar la libre competencia económica. En la Unión Europea el mercado opera como una garantía institucional que restringe posibilidades de sistemas económicos de planificación y otorga a los consumidores la protección institucional que les da el mercado —reafirmando la imposibilidad de predicar derechos fundamentales del consumidor— y que exige libertad de acceso y libertad de elección, condiciones que solo podrán realizarse en mercado competitivos.<sup>34</sup>

Por ello, a nivel comunitario existen disposiciones normativas que protegen la libre competencia e imponen a los países miembros la obligación de desarrollar disposiciones en dicho sentido. La pretensión de estas normas apunta a la

33 Manuel López Escudero, “Título IV: Solidaridad”, (En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, de Araceli Mangas Martín, coord., 474-641, Madrid: Fundación BBVA, 2009), 634.

34 Antonio Cidoncha Martín, “La posición constitucional de los consumidores”, *Revista de estudios políticos*, 153, 2011, 122-123.

promoción y protección de la libre competencia económica y la sanción de todas aquellas conductas que en caso de ser desplegadas generan lesión a los derechos de los consumidores, de los empresarios y desestabilizan el mercado, institución esencial en la Unión Europea.

### Una visión de protección de competencia desde el derecho español

Teniendo en cuenta la influencia que el ordenamiento constitucional español tiene en el colombiano, resulta acertado revisar el tratamiento que la libre competencia registra en aquel para identificar diferencias y puntos de aproximación. En el caso colombiano la libre competencia económica ostenta una doble condición: es un derecho y es principio rector de la economía. A diferencia de esta situación, en el caso español las circunstancias son diversas pues la libre competencia no es un derecho —aunque su interpretación esté ligada a un derecho— y no encuentra referente expreso en la Constitución<sup>35</sup>, circunstancia que obliga a abordar su estudio desde una perspectiva diversa.

Su análisis procede a través de una interpretación del contenido del art. 38 constitucional que parte del reconocimiento manifiesto de la economía de mercado<sup>36</sup> como marco para el ejercicio de la libertad de empresa. Esta mención a la economía de mercado solo puede entenderse a partir del elemento que la caracteriza e identifica, que es la competencia económica.<sup>37</sup> Aunque, como se enfatizó con antelación respecto a la controversia para calificar a la economía de mercado como sistema económico español, la mención que de ella se hace respecto al disfrute de la libertad de empresa obliga a señalar que el sistema económico en

35 Nieto de Alba solicitó el retiro de la enmienda 755 propuesta por la Unión de Centro Democrático (UCD) que incluía de manera expresa la mención de la competencia económica y los métodos de defensa, por considerar que "la competencia es un elemento esencial de la economía de mercado, no solo en su dimensión y eficacia económica en cuanto supone fomentar la innovación y el progreso técnico, sino también en cuanto a su eficacia social" [...] "en fin, por entender que, al constitucionalizarse la economía de mercado, los métodos de defensa de la competencia, es decir, las leyes especiales antimonopolio y *antitrust*, las comisiones de investigación, los tribunales especiales de la competencia están implícitamente constitucionalizados" (Corte diario de sesiones del Senado, Comisión de Constitución n.º 51, 1978, 2448). En el mismo sentido, Óscar de Juan Asenjo sostiene que la libre competencia es una característica tan esencial de la CE que puede comprenderse implícita. *La constitución económica española*. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984), 145.

36 Sin que pueda considerarse que este sistema es el propio del ordenamiento constitucional español.

37 Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, *Apuntes de derecho mercantil*, (Navarra: Aranzadi, 2006), 289.



menção no puede ser comprendido sin la dimensión objetiva que se desprende del artículo, que es la competencia económica.

La competencia es el rasgo que define un sistema de mercado, sin ella se produce un viraje hacia la planificación económica o la economía centralmente dirigida que, por razones obvias, no constituye características del sistema económico español.<sup>38</sup> Al respecto y aunque la Constitución Económica reconozca la competencia que asiste al Estado para intervenir en la economía, ello no permite calificar al sistema económico como de economía dirigida pues anularía la menção que se hace de la economía de mercado y las libertades económicas asociadas a ella. Dicha intervención se encuentra condicionada, como ocurre en el caso colombiano, a que permita el desarrollo de un sistema de mercado competitivo. En el mismo sentido, cuando se produzca una intervención que suponga limitación a algunas libertades de contenido económico, deberá verificarse que aquellas resulten necesarias, razonables y proporcionadas.

El art. 38 superior reconoce en un primer plano la libertad de empresa como un derecho (título I, capítulo 1, sección 2.<sup>a</sup> “De los derechos y deberes de los ciudadanos”) que desde el punto de vista de su dimensión subjetiva asegura a los ciudadanos el desarrollo de su autonomía para emprender una actividad económica con fines lucrativos, sin injerencias indebidas de los poderes públicos —cuando estas se producen deben ser razonables y proporcionadas—, y en un segundo plano consigna un mandato para esos poderes orientado a satisfacer el ejercicio de la libertad referida en un escenario de libre competencia. En estricto sentido, el art. 38 contempla un derecho subjetivo —libertad de empresa—, a la vez que la garantía institucional —la economía de mercado y el mercado—,<sup>39</sup> y un mandato a los poderes públicos que, para satisfacer el ejercicio de aquella, deberán proteger la economía de mercado caracterizada por la competencia económica.<sup>40</sup> No obstante esta relación, no puede indicarse que la libre competencia es sinónimo de libertad de empresa, la primera es una condición necesaria para que la segunda pueda desarrollarse.

38 Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa*, (Madrid: Thomson-Civitas, 2006), 139.

39 Manuel Aragón Reyes *Estudios de Derecho Constitucional*. 3a. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013) 630-631 y *Libertades económicas y Estado social*. (Madrid: Mc Graw Hill, 1995) 9.

40 Luis Arroyo Jiménez, Luis, *Libre empresa y títulos habilitantes*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), 377.

Esta se comprende como centro de gravedad del sistema económico y preside el desarrollo de la actividad patrimonial.<sup>41</sup> La competencia en este sentido necesita un análisis macro, como condición para el ejercicio de otras libertades que se desarrollan en el mercado, se encuentra integrada por las libertades económicas —que en palabras de Font Galán<sup>42</sup> serían la de establecimiento y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales<sup>43</sup>— y otras libertades jurídicas necesarias para el ejercicio de la libertad de empresa —contratación, organización e inversión<sup>44</sup>, libre autonomía de la voluntad y libre iniciativa económica<sup>45</sup>—.

Esta conjunción de libertades no permite calificar a la competencia como un derecho —diferencia respecto de la normativa colombiana—, y mucho menos como uno de contenido complejo, se trata de un fundamento del sistema económico necesario para el ejercicio de la libre empresa<sup>46</sup>, un principio ordenador del orden público constitucional económico<sup>47</sup> y una libertad *sub lege*<sup>48</sup>, esto último al considerar que los agentes económicos encuentran claras restricciones en el ejercicio de las actividades económicas que emprenden.

Estas restricciones son justamente las que permiten cualificar a la competencia con un plus: debe ser libre. Esta libertad alude a la posibilidad que se otorga a cualquier agente para acceder al mercado en condiciones de igualdad, desarrollar una actividad económica con ánimo de lucro, rivalizar por obtener un beneficio económico y mayor participación en el mercado y contar con medidas

41 Leopoldo José Porfirio Carpio, *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. (Madrid: Marcial Pons, 2002), 32.

42 Juan Ignacio Font Galán, *Constitución Económica y derecho de la competencia*, (Madrid: Tecnos, 1987)

43 Estas son a la vez las libertades económicas comunitarias a las que, en palabras de Pedro Mercado Pacheco, habría que añadir la libertad de competencia. "Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo", (En *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 2012), 342.

44 España, Tribunal Constitucional, STC 112/2006, de 5 de abril s.f.

45 Luis Díez, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, (Madrid: Tecnos, 1970), 44.

46 Gerardo Ruiz-Rico Ruiz señala que la libre competencia es un elemento del núcleo de la libertad de empresa ("La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de libre competencia", En *Revista de Derecho Mercantil*, 215), 240. Esta apreciación, sin embargo, no se comparte al considerar que si constituyera elemento del derecho en caso de violación o vulneración procedería alguna acción jurisdiccional que en ningún caso es procedente.

47 De acuerdo con el "Preámbulo" de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y al tenor de lo manifestado por Bercovitz, "Apuntes", 293.

48 Juan Ignacio Font Galán, *Constitución Económica y Derecho de la competencia*. (Madrid: Tecnos, 1987), 113.

de protección en caso de actuaciones contrarias a la competencia efectiva y leal. Todas estas condiciones deben estar garantizadas por el Estado pues como se advirtió, el mercado en que se ejerce la competencia se encuentra afectado por fallos que justifican la intervención que a aquel le compete.

Esta condición genera un compromiso de protección del mercado<sup>49</sup> y de la libre competencia por parte de los poderes públicos.<sup>50</sup> Si el sistema de economía de mercado se encuentra afectado por prácticas o comportamientos que puedan lesionar, falsear o restringir la competencia, la libertad de empresa no podría desarrollarse de manera efectiva y en consecuencia otras libertades y derechos podrían verse afectados, amén de la negación que podría generarse respecto de una característica esencial de la Constitución Económica española. La libertad de empresa exige su realización en un ámbito de efectiva y leal competencia entre agentes económicos que encuentren reglas para esos procesos de rivalidad. Por ello, la defensa de la competencia resulta indispensable y no “como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de este”.<sup>51</sup> En este sentido es posible comprender que la protección que se predica de la libre competencia no se realiza en abstracto —es decir, como un fin en sí misma que permite hablar de concurrencia y rivalidad entre agentes económicos diversos— sino como un instrumento necesario para evitar problemas en la asignación de recursos —eficiencia— con consecuencias sociales que amenazan los fines del modelo de Estado constitucional —equidad—.

La libre competencia no ostenta el carácter de derecho subjetivo, pero cuenta con un marco normativo que la refuerza y protege, además de constituir un

49 Para Manuel Aragón, *Libertades económicas y Estado social*, (Madrid: Mc Graw Hill, 1995), 10, el mercado es una garantía institucional en el orden constitucional económico. Respecto a la garantía institucional es posible consultar Ignacio De Otto, (*Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 2.ª. ed. Barcelona: Ariel, 1998), 31 y la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, de 28 de julio. Como garantía institucional el mercado encuentra protección en la Constitución Española en dos sentidos, el primero de ellos implica la salvaguarda del mismo al prohibir que pueda ser abolido y sustituido por un sistema de planificación estatal, el restante supone la protección de su contenido esencial, que genera la obligación para el Estado de garantizar un espacio de libertad para que los ciudadanos fijen las condiciones en que se produce el intercambio de bienes y servicios y, si se encuentra habilitado para intervenir, debe garantizar el mantenimiento de las condiciones esenciales del mercado al tenor de afirmación de Cidoncha, “*La libertad*”, 153-155.

50 Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 27.

51 España, Tribunal Constitucional, STC 88/1986, de 1 de julio s.f.

tipo de intervención normativa en el mercado<sup>52</sup>, —LDC y LCD— y al permitir el funcionamiento de la economía de mercado constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico y de la Constitución Económica. Podría indicarse que es una garantía institucional que avala la continuidad histórica —independientemente de la intención del legislador por vaciarla o anularla— de esta estructura social —mercado y economía de mercado— ligada al disfrute de varios derechos y garantías.<sup>53</sup> Su titularidad no corresponde a un sujeto particular —por ello no es posible hablar de un derecho a la libre competencia económica como si ocurre en la normativa colombiana— sino a la colectividad, en la medida en que las pretensiones del marco normativo que la protege extiende sus efectos a los empresarios, consumidores y al libre y leal mercado, además de la eficiencia económica.<sup>54</sup>

Su protección deviene entonces primordial y se constituye en un límite frente a la actividad del legislativo. Este, en el marco de la cláusula general de competencia que le asiste, podrá regularla pero no vaciarla o eliminar los elementos que la caracterizan, su respeto apunta a garantizar que el marco normativo incluirá disposiciones que refuercen su protección<sup>55</sup> y que no será posible eliminar sus rasgos esenciales (pluralidad de agentes económicos que con independencia de su estructura jurídica, económica o social tengan capacidad de decisión en relaciones mercantiles de competencia).<sup>56</sup> Este marco normativo no solo pretende proteger la defensa de la libertad de competir en cabeza de operadores económicos

52 Este marco normativo que constituye una forma de intervención del Estado en la economía se encuentra sujeto a la Constitución en los precisos términos del artículo 103 apartado 1 que señala “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho”.

53 Eduardo Estrada, Raúl Ignacio Rodríguez Magdaleno e Ignacio Fernández Chacón, *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*, (Madrid: Reus, 2011), 23

54 Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, “Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia” (*Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44, 120, enero-junio, 2014), 199.

55 Como ha señalado el Tribunal Constitucional, esta normativa “comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso la represión, de situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado”, siendo su objetivo la “defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia” (España, Tribunal Constitucional, STC 71/1982). No debe, sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de competir en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo” (España, Tribunal Constitucional, STC 88/1986, de 1 de julio s.f.).

56 Manuel García Pelayo, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, (En *Estudios sobre la Constitución española de 1978 de Manuel Ramírez*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1979), 42.

—si ello fuera así cualquier tipo de rivalidad o lucha estaría permitida— sino además proteger la posibilidad de competir en condiciones leales y lícitas, es por ello que frente a la primera perspectiva existe un subsector denominado “derecho de la libre competencia” y respecto de la segunda otro subsector denominado “derecho sobre la competencia desleal”.<sup>57</sup>

Estas normas constituyen el *modus operandi* de los agentes económicos en el ejercicio de actividades económicas.<sup>58</sup> Y ellas, a su vez, deben satisfacer el mandato constitucional del art. 51 en sus apartados 1 y 3 que atribuye a los poderes públicos la defensa de los usuarios y consumidores, lo que se traduce en que “las medidas protectoras de la libre competencia funcionen también como garantía de los consumidores, y el que medidas adoptadas para la protección de estos no dejen de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia”<sup>59</sup>, en una clara manifestación de la intención que asiste al marco normativo en cuestión para proteger el sistema de economía de mercado.

La protección directa de este principio, en el caso español, encuentra su origen en las disposiciones comunitarias que permean e inciden en el ordenamiento interno y que abogan por la protección de las condiciones en que se desarrolla el Mercado Común Europeo.<sup>60</sup> Estas disposiciones gozan de primacía respecto al derecho nacional de los estados miembros, circunstancia que les obliga a adecuar su normativa interna a las normas de derecho comunitario<sup>61</sup>, y en materia de defensa de la competencia generó un cúmulo de obligaciones orientadas a reprimir y sancionar todos aquellos comportamientos que lesionaran la competencia económica y pusieran en riesgo el proceso de consolidación de ese mercado común.

En estos términos el TCCE en su art. 3, literal g. aboga por “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”, disposición

57 José Manuel Otero Lastres, “Organismos de promoción y protección de la libre competencia” (En Rafael Badell, coord., *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo en homenaje al profesor Luis H. Farías Mata*, Madrid. 31-62. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 36.

58 Font, “*Constitución Económica*”, 34.

59 España, Tribunal Constitucional, STC 88/1986, del 1 de julio, s.f.

60 La política de competencia ha sido una de las políticas más activas desde la constitución de la Comunidad Europea, al tenor de Luis Velasco San Pedro, “El derecho europeo de la competencia”, (En L. A. Velasco San Pedro, *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid: Lex Nova, 2005), 41.

61 Luis Ortiz Blanco, Jerónimo Maíllo González Orús, Pablo Ibáñez Colomo y Alfonso Lamadrid de Pablo, (*Manual de derecho de la competencia*, Madrid: Tecnos, 2008), 22.

que desvela el fin principal de este régimen y que apunta a la protección de la competencia frente a cualquier tipo de falseamiento. Sin embargo, la competencia no es un fin en sí mismo en la Unión Europea sino una condición necesaria para que el mercado funcione y contribuya a la búsqueda del bienestar económico general y la asignación eficiente de recursos en la economía, por esto las normas de defensa de la competencia no protegen solamente a los empresarios o agentes económicos privados sino a los consumidores y al mercado en sí mismo considerado.

El art. 3 encontró materialización en los arts. 81 y 82 del mismo Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE). Esta normativa del derecho de defensa de la competencia establece dos tipos de medidas, las primeras orientadas a proscribir cualquier limitación a la libre competencia por lo que la prohibición de prácticas colusorias, abusos de posición dominante<sup>62</sup> y actos de competencia desleal, resultan consistentes con el fin general (arts. 101 y 102 del TFUE y arts. 1, 2 y 3 de la LDC); las restantes consignan medidas de vigilancia y autorización para evitar que cualquier decisión de un agente público o privado pueda producir distorsiones o limitaciones a la competencia —control de las concentraciones económicas cuando superan cierto umbral— (art. 7 a 9 LDC y el Reglamento 139 de 2004 en la Unión Europea), y la vigilancia sobre las ayudas públicas (art. 107 y s.s. TFUE).<sup>63</sup>

Con el mandato de armonización de su legislación en beneficio de los objetivos comunes comunitarios que impone para España su pertenencia a la Unión Europea, resultó primordial la promulgación de normas de defensa de la competencia. Es factible encontrar los antecedentes de normativa de defensa de la competencia en la Ley 110 del 20 de julio de 1963, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Posteriormente y en vigencia de la Constitución de 1978, al incluirse el derecho a la libertad de empresa en la Norma Fundamental,

62 “La disciplina de defensa de la competencia es proclive a las situaciones de dominio del mercado cuando estas son fruto de la eficiencia, pero, por el contrario, se opone a ellas cuando estas se generan a consecuencia de operaciones ajenas a la lógica de una mayor eficiencia y, por tanto, a los intereses de los usuarios”. Juan José Montero Pascual, “Regulación económica y derecho de la competencia”, (En A. Ruiz Ojeda, *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Madrid: Iustel, 2013), 95. Lo que se condena no es la posición de dominio sino el ejercicio abusivo de aquella, en idéntica forma al tratamiento que recibe en Colombia.

63 Sara Medina González, “La política de la competencia”, cap. VII, (En Enrique Linde Paniagua, coord., *Políticas de Unión Europea*, 361-434. Madrid: Colex, 2008), 363.

se modificó la ley en mención y se promulgó la Ley 16 del 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia, que considera esta salvaguarda como una función pública en la medida en que la competencia “es el principio rector de toda economía de mercado” por medio de la cual “se manifiesta la libertad de empresa”, siendo necesaria la garantía de “[...] la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado”.

Esta disposición ha sido reformada en varias ocasiones, así la Ley 1 del 21 de febrero de 2002, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia se enriqueció posteriormente con la Ley 15 del 3 de julio de 2007, de defensa de la competencia —vigente en la actualidad—, que reforzó los mecanismos que existían en materia de protección de este principio al dotarlo de instrumentos y de una estructura institucional acorde para proteger la competencia practicable en los mercados. La LDC, en armonía con lo preceptuado por la norma de 1989, ratifica la importancia que registra la competencia efectiva como un elemento indispensable de la economía de mercado, además de constituir la regla de juego para los empresarios y favorecer el proceso de reasignación de los recursos productivos que favorece al consumidor e incrementa el bienestar de la sociedad.

Esta disposición normativa desde el preámbulo indica que la defensa de la libertad de empresa es la que origina la necesidad de establecer un sistema que “permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”, buscando resguardar los derechos de todos los sujetos que concurren al mercado. Se entiende así que la libre competencia permite el adecuado discurrir de aquel y constituye sustrato esencial para el desarrollo de la libertad de empresa y el funcionamiento del sistema de economía de mercado. Armoniza lo anterior con la concepción que de ella se tiene, comprendiéndola como un elemento de la política económica que promueve la competitividad y la productividad.<sup>64</sup> Del contenido de esta disposición pareciera inferirse

64 Este marco normativo interno encuentra refuerzo en la normativa comunitaria visible en Reglamento CE núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las concentraciones entre empresas y en el reglamento núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, entre otras tantas comunicaciones, reglamentos, decisiones, directivas y directrices relacionadas con la materia.

una finalidad economicista del derecho de la competencia español —siguiendo la posición de la Escuela de Chicago— en el que sus preceptos se orientarían a garantizar la pluralidad e independencia de los operadores económicos para que ese derecho pudiera operar correctamente; sin embargo, sus objetivos resultan ser más amplios y cobijan pretensiones sociales y políticas: la defensa de la democracia como principio rector de la vida política y económica además de la protección de las condiciones de una economía de mercado.<sup>65</sup>

Tal cúmulo de disposiciones normativas de origen nacional y comunitario no hace mención directa a la “libre competencia” sino a la “competencia”. Como bien indica Viciano Pastor, esta alusión se explica por el “carácter multifuncional atribuido a estas normas que no permite la defensa exclusiva de derechos subjetivos”<sup>66</sup>; es decir, no se encuentra asociado a la protección de los derechos de los competidores sino a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores, del sistema de mercado y de exigencias de la política económica en general. Por ello se indicaba con antelación el carácter omnicomprensivo que tiene este principio, lo que permite explicar también la evolución que de los propósitos de esta normatividad se ha producido con el tiempo.

No obstante, estas normas resultarían inocuas sin instituciones que velaran por su cumplimiento, para el caso comunitario la Comisión Europea —órgano encargado de velar por el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado comunitario—, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia —ante quienes es posible recurrir las decisiones de la Comisión— son competentes para aplicar el derecho comunitario de la competencia —cuando las actuaciones tuvieran relevancia transfronteriza y afecten el mercado común—, y a nivel nacional la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actúa en coordinación con las instituciones competentes en materia de defensa de la competencia en las comunidades autónomas —cuando las conductas o prácticas que lesionen este principio tuvieran efectos en el mercado interno o de una de esas comunidades—.

65 José Gómez, “Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: especial referencia á promoción da competencia en tempos de crise”, (En Manuel José Vázquez Pena, coord., *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 17-30, Valencia: Tirant lo blanch, 2013), 20.

66 Viciano Pastor, “Libre competencia”, 203.



Respecto a la normativa sobre competencia desleal —como se advirtió, la rivalidad entre operadores económicos debe darse en condiciones de lealtad)—, es posible encontrar la Ley 29 del 30 de diciembre de 2009,<sup>67</sup> por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.<sup>68</sup> La ley en mención constituye una herramienta adicional que ratifica el carácter omnicompreensivo de la defensa de la competencia: protege al competidor, al consumidor y al mercado.

Para finalizar, es viable indicar que en el derecho constitucional español la libre competencia económica:

1. No encuentra referente expreso en la norma a diferencia de la Constitución colombiana (art. 333).
2. Su fuente se origina en una interpretación del art. 38 constitucional que se enriquece con disposiciones comunitarias que abogan por la protección de la competencia efectiva como sustrato esencial del mercado común.
3. Se encuentra íntimamente ligada con el disfrute de la libertad de empresa; sin embargo, esta es un derecho y la de competencia es una institución que emerge de la economía de mercado.
4. El mercado caracterizado por la libre competencia no hace parte del núcleo esencial del contenido de la libertad de empresa, simplemente es el escenario que permite su ejercicio.
5. La libre competencia económica se relaciona con la dimensión objetiva de la libertad de empresa, pero no constituye su dimensión objetiva, y tampoco hace parte de su núcleo esencial.

67 La ley en mención subdivide el derecho contra la competencia desleal en dos grupos: actos de competencia desleal de carácter general —con independencia de sus destinatarios— y prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios, circunstancia que rompe la unidad del ordenamiento, pues dependiendo del destinatario es posible adecuar la conducta y además implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico.

68 Es claro que en el caso español son dos las regulaciones legales aplicables, la normativa europea y la legislación nacional, razón por la que se hace mención expresa a normativa de la UE. La mención que se predica respecto del TFUE y la LDC española es pertinente, sin embargo, como señala Arroyo Aparicio, cuando la restricción de la competencia tenga la posibilidad de afectar el comercio entre estados miembros se aplicará el derecho comunitario (art. 101 a 109 del tratado en mención y Reglamento Comunitario 1/2003), y en aquellos casos en que esa afectación se produzca en el ámbito nacional, se aplicará la norma restante. Alicia Arroyo Aparicio, “Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre ‘acciones por daños’”, (En M. J. Vázquez Pena, *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 31-54.

6. La economía de mercado, marco para el ejercicio de la libertad en comento, exige la protección de la libre competencia económica.
  7. La competencia económica, ligada al mercado como garantía institucional, se encuentra protegida y no puede ser anulada o suprimida por el legislador y el resto de los poderes públicos.
  8. La competencia cumple en una economía de mercado la “función de conseguir que los bienes privados se conviertan en virtudes públicas”.<sup>69</sup>
  9. Es un principio rector de la economía.
  10. Al ser un principio y estar ligado a una garantía institucional no considera exclusivamente intereses subjetivos —empresarios— sino que incluye la referencia a fines sociales de rango superior y a la satisfacción de objetivos generales de raigambre constitucional y comunitaria.
  11. No es absoluta, de conformidad con el inciso 2 del art. 38 CE, se encontrará protegida pero ligada a la capacidad que tiene el Estado para planificar la economía general (art. 131 del CE) —pudiendo reservarse ciertas actividades económicas excluyéndolas del régimen de competencia—, restringida por la prohibición de prácticas que atenten en su contra, limitada por exigencias de la política económica y por la iniciativa económica pública prevista en el art. 128 del CE, entre otras.
  12. Las disposiciones de competencia económica, tanto a nivel nacional como comunitario, suponen formas de intervención de la Unión Europea y el Estado en la economía.
- Y,
13. Un escenario de competencia efectiva permite trasladar beneficios económicos a los consumidores.

Para el caso colombiano, las diferencias frente al tratamiento que la libre competencia recibe en el ordenamiento constitucional son ostensibles y pueden resumirse en los siguientes elementos:

- a. La libre competencia es principio estructurante del sistema de economía social de mercado y principio rector de la economía.

69 Julio Pascual y Vicente, “Mercado, competencia y Unión Europea” (En Mercedes Pedraz Calvo y David Ordoñez Solís (coords.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid: La Ley, 2014), 29-56.

- b. La libre competencia puede ostentar tres atributos: es principio constitucional a partir del cual se entiende el sistema constitucional colombiano de economía social de mercado, es un derecho colectivo y puede tener visos de garantía institucional.
- c. La libre competencia económica es un derecho individual que supone responsabilidades. Sin embargo, no es un derecho fundamental.
- d. Es un derecho de todos los agentes económicos, que exige aplicación igual respecto de personas naturales y jurídicas, públicas y privadas.
- e. Como derecho colectivo permite el libre acceso al mercado, fomentando la igualdad de oportunidades para todos los agentes económicos.
- f. Encuentra restricciones y limitaciones dadas por el bien común, la función social que debe cumplir, la responsabilidad social de ejercer la libertad de empresa<sup>70</sup> y por la necesidad de proteger la competencia económica en sí misma.
- g. Como todo derecho, permite la intervención del Estado siempre que ella sea razonable y proporcionada.
- h. A pesar de que el derecho a la libre competencia es un principio rector de la economía, algunos agentes económicos pertenecientes a determinados sectores pueden encontrar restricciones para el ejercicio de la libre competencia.
- i. El núcleo esencial “consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas”.<sup>71</sup>
- j. El Estado, como director general de la economía, no actúa solo como garante de los derechos económicos individuales, sino que le compete corregir las desigualdades sociales que emergen como consecuencia del ejercicio arbitrario que agentes hacen de sus libertades económicas.
- k. La defensa de la libre competencia tiene como objeto la protección de los empresarios, de los consumidores y del mercado en sí mismo considerado. No le compete al Estado solamente proteger la competencia como fin último sino impulsar la pluralidad de actores que materialicen el derecho

70 José Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

71 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-228/10.

de elección de los consumidores con el fin de evitar monopolios, prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición dominante.

- l. La libre competencia exige la concurrencia de pluralidad de agentes —excepciones hechas de algunos sectores específicos— que en condiciones de igualdad podrán ejercer el derecho en mención generando beneficios para los consumidores que, en un régimen de competencia realizable, pueden acceder a mayor variedad de productos —de mejor calidad— y a un mejor precio.
- m. La intervención del Estado se orienta a promover y preservar la libre competencia —medidas *ex ante*— y a sancionar aquellos comportamientos identificados como restrictivos, por ejemplo, prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abusos de posición dominante.

Hechas estas precisiones respecto a la libre competencia económica en España, el siguiente epígrafe se ocupará de los objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones.

### Protección de la competencia en la CAN

A pesar de que a lo largo del siglo XX varios países en América Latina habían adoptado una normativa respecto a la libre competencia (Argentina, 1919; México, 1934; Colombia y Chile, 1959; y, Brasil, 1962) todos ellos no suponen una tendencia de aplicación de políticas de competencia sino “más bien antecedentes legislativos de principios propios del capitalismo tales como la libre empresa o la defensa de derechos a ofertar y demandar en el mercado”.<sup>72</sup> En algunos de esos países existían monopolios en cabeza del Estado que hacían difícil la aplicación extensiva de políticas de competencia generales. Sin embargo, los procesos de apertura y liberalización de la economía —desarrollados con antelación— a lo largo del continente impulsaron la adopción de disposiciones normativas de defensa de la libre competencia.<sup>73</sup> Y aunque los objetivos de las legislaciones a lo largo del continente son diversos, encuentran puntos de aproximación dados por

72 Marcelo Celani y Leonardo Stanley, *Política de competencia en América Latina*, (Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 2003), 17.

73 En la actualidad, la mayoría de los países latinoamericanos cuentan con normativa de defensa de la competencia y con autoridades para su vigilancia y control, así es posible mencionar a Argentina, Barbados, Brasil,

la tendencia que cada uno de ellos asuma —corriente economicista o social—. Los procesos de integración regional que se han producido en la región han permitido unificar las corrientes en los tratados o acuerdos que les dan origen y que incorporan normas de defensa de la competencia en la medida en que buena parte de ellos pretenden la integración económica entre los países miembros.

Aunque se indicó que los procesos de integración económica tienen disposiciones sobre competencia, será preciso aludir a la Comunidad Andina de Naciones (CAN) por ser el acuerdo de mayor tradición para el caso colombiano.<sup>74</sup> El Acuerdo de Cartagena, suscrito en 1969, dio origen a la CAN que tiene como uno de sus objetivos “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano” (art. 1). Uno de los instrumentos para lograr el crecimiento y desarrollo económico del bloque regional se encuentra constituido por una política adecuada de protección de la competencia.<sup>75</sup> En este sentido, uno de los primeros rudimentos de la legislación andina sobre promoción de la competencia se encuentra en el art. 93 del Acuerdo de Cartagena, que le confirió competencia a la Comisión con el fin de adoptar normas “para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión”.

Con el objetivo de garantizar la pervivencia de este proceso de integración subregional de apertura comercial y globalización se hace necesario proteger la libre competencia en la CAN y promocionarla entre los agentes económicos con presencia en la región. Atendiendo a este mandato fue emitida la Decisión 608 de 2005 por medio de la cual se dictan normas para la protección y promoción

---

Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador Guatemala, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Salvador y Uruguay.

74 Los procesos de integración latinoamericanos son: ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), que busca crear un área de preferencias económicas del cual Colombia forma parte; MERCOSUR (Mercado Común del Sur), en el que Colombia no hace parte, pero es un Estado asociado; CARICOM (Área del Libre Comercio del Caribe), en el que Colombia actúa como Estado observador; y, SICA (Sistema de Integración Centro Americana) en el que ostenta la misma condición. Existen otros tantos que no suponen procesos de integración sino de cooperación económica, social, política y cultural que no serán desarrollados.

75 Gabriel Ibarra Pardo. *La política de competencia en la Comunidad Andina de Naciones*, (vol. III, Colección Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra, 65-92, Bogotá: Universidad Externado, 2001), 68.

de la libre competencia<sup>76</sup>, buscando garantizar un mercado subregional en condiciones de libre competencia.<sup>77</sup> La importancia de esta disposición radicó en la modernización que respecto de la regulación de acuerdos y actos restrictivos de la competencia anexó además de la incorporación de autoridades supranacionales con competencias para imponer sanciones en caso de infracciones —Secretaría General de la CAN—. <sup>78</sup> Mención expresa a sus objetivos se encuentra en el art. 2 que, en línea con los protegidos por la normativa colombiana, persigue la “eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores”. <sup>79</sup>

Existe, sin embargo, una dificultad suprema en materia de aplicación de esta disposición a nivel nacional pues no es posible aplicarla sino por parte de las autoridades comunitarias, sin que exista obligación de aplicarla por parte de las autoridades nacionales de competencia —a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea—. <sup>80</sup> No obstante esta mención, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en decisión 3-AI-96 del año 1997, sostiene que existe un desplazamiento de la normativa interna respecto de la aplicación de la normativa comunitaria, así lo ha sostenido al indicar que “para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; [...] el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario”. <sup>81</sup>

76 No obstante, esta mención, las decisiones 45 de 1971 y 230 de 1987 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (CAC) y las decisiones 283, 284 y 285 de 1991, de la misma Comisión, constituyen antecedentes importantes en la región respecto a la protección de la competencia, sin embargo, las dos primeras nacieron condenadas al fracaso por la inexistencia de herramientas que permitieran su cumplimiento y las restantes no tuvieron la acogida ni el desarrollo esperado.

77 Jairo Rubio, *Derecho de los mercados*, (Bogotá: Legis, 2007), 137.

78 Javier Cortázar Mora, “Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región”, (*Revista CEDEC de Derecho de la Competencia* 2, 2, enero-diciembre 2006).

79 Pierino López Raigada, “La integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: Aspectos institucionales y procesales”, (*Revista de la competencia y la propiedad intelectual* 2, 2, 2006), 101.

80 Luis Díez Canseco, *Acuerdos regionales de competencia en América Latina y el Caribe (working paper)*. (Banco Interamericano de Desarrollo, 2013), 14

81 En el mismo sentido la Sentencia del 3 de diciembre de 1987 que indica “el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista” y la Sentencia del 20 de

A pesar de esta decisión, resulta claro que en Colombia existe una disposición propia que regula las prácticas restrictivas, los actos de competencia desleal y los abusos de posición que se aplican de manera preferente respecto de la disposición comunitaria cuando los efectos de los comportamientos desplegados por los agentes económicos no extiendan sus efectos fuera de las fronteras del territorio nacional.

No obstante, resulta claro que la normativa nacional en materia de protección y defensa de la competencia no contraría ni viola las disposiciones de la CAN por lo que la aplicación de la regulación interna se ajusta a las obligaciones derivadas de la adhesión a dicha comunidad. Y en caso de que algún conflicto se presentara, la normativa comunitaria prevalece “en su aplicación e inaplica para el caso concreto a las normas de fuente nacional que regulen el mismo supuesto de hecho o establezcan efecto jurídico contrario”.<sup>82</sup> En este sentido, lo que el legislador interno o cualquier autoridad no podría es proferir normas o disposiciones que contraríen el derecho comunitario pues “ello implicaría una grave violación de las obligaciones comunitarias”<sup>83</sup> al tenor del art. 4 del Tratado de Creación de la Comunidad Andina.

En estricto sentido, las atribuciones que competen a la CAN en materia de aplicación de la Decisión 608 operan, exclusivamente, respecto de aquellas conductas que tienen implicaciones en el área subregional, conductas realizadas en uno de los países miembros que tengan implicaciones en otro país miembro o conductas realizadas en el territorio de un país no miembro pero que tuvieran efecto en el territorio de un país miembro, art. 5. Por ello no será posible señalar el desplazamiento respecto de la normativa interna, puesto que la comunitaria solo aplicará en aquellos casos en que el acto tenga los efectos descritos anteriormente.

---

noviembre de 2014 que reconoce “el Derecho Comunitario Andino se caracteriza porque sus normas prevalecen en relación con las normas nacionales, son de aplicación directa e inmediata y gozan de autonomía. En este sentido, tomando en cuenta que todos los órganos e instituciones de la administración pública de los Países Miembros de la Comunidad Andina deben actuar en el marco del principio de legalidad; el límite de su actuación también está determinado por el ordenamiento jurídico comunitario”.

82 López, “La integración”, 83.

83 Fabián Novak Talavera, “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”, (En *Derecho Comunitario Andino*, de Allan-Randolph Brewer Carías, 57-100, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 83.

## Objetivos de la normativa de promoción y protección de la competencia en Colombia

En el ámbito nacional, es preciso señalar que la libre competencia constituye la regla suprema de juego en un sistema de Economía Social de Mercado, razón que motiva la adopción de reglas formales que, bajo la modalidad de normas, otorguen un marco de protección que garantice su pervivencia. De conformidad con el Decreto 2153 de 1992, la SIC, en ejercicio de las facultades administrativas que le han sido otorgadas, persigue tres finalidades: garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y mejorar la eficiencia del aparato productivo. En esta línea “el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado”<sup>84</sup> constituyen objetivos primordiales de la normativa de protección del derecho en mención.<sup>85</sup> La realización de un estado de competencia real, libre y carente de distorsiones que permita la satisfacción del ánimo de lucro, que caracteriza a los operadores económicos, y que a su vez permita a los consumidores adquirir bienes y servicios de calidad a precios justos y equitativos, armoniza con los rasgos definitorios de un modelo de economía social de mercado en el que el ejercicio de las libertades económicas exige un marco de competencia sana y leal.

La protección del bienestar del consumidor se ha considerado como un objetivo esencial del marco normativo de defensa de la competencia pues al mantener procesos competitivos se incentiva a los agentes económicos —oferentes— a ser eficientes so pena de ser excluidos del mercado, con el objetivo de brindar a los consumidores —demandantes— niveles superiores de satisfacción.<sup>86</sup> También la libre competencia económica persigue la defensa de la competencia en sí misma considerada, pues además de incentivar la existencia de múltiples oferentes debe regular la relación entre ellos con el fin de evitar la integración de monopolios, abusos de posición de dominio o prácticas restrictivas de la competencia, además de actos de competencia desleal que generan fallas en el sistema de economía de

84 Colombia, Corte Constitucional, C-228 de 2010, M.P. Escobar Gil s.f.

85 “La defensa de los intereses y el mejoramiento de la calidad de vida de los consumidores constituyen premisas esenciales del derecho de la competencia en Colombia”. Ibarra Pardo, “*La política*”.

86 Marco Aurelio Zuloaga, “La perspectiva colombiana de la protección de la competencia”, (En *Derecho de la competencia*, Bogotá: Navegante, 1998), 32.



mercado. De esta manera, se garantizan los intereses de los competidores, de los consumidores y el interés público del Estado. Bajo esta premisa, la competencia que asiste al Estado para establecer límites y restricciones al ejercicio de estas libertades deviene en compatible con el modelo de Estado y los objetivos que constitucionalmente le han sido asignados.

Ya indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 1340 de 2009 que “la competencia deriva en beneficios para los consumidores y la eficiencia económica”, motivo que permite ampliar sus pretensiones y desdibujarla como un mecanismo de protección de una clase —los empresarios o comerciantes— y un fin en sí mismo. La competencia es una condición del mercado, necesaria para su eficaz funcionamiento y pertinente en un proceso de intercambio que combina múltiples intereses. La norma en mención reconoce el papel que desempeña la iniciativa empresarial como herramienta para generar riqueza, ingreso y bienestar, aceptando la necesidad de que esta se desarrolle en condiciones de competencia libre que permita alcanzar múltiples objetivos sociales y económicos.

Siguiendo en este punto a Viciano Pastor<sup>87</sup>, es posible señalar que el marco normativo colombiano en materia de protección de la competencia corresponde a un criterio institucional en el que se reconoce el carácter instrumental que le asiste a la libre competencia económica “entendida como una situación fáctica que se desenvuelve en el mercado”<sup>88</sup> y que permite superar el clásico criterio subjetivo que se concentraba en la defensa de poder concurrir al mercado como concreción de la libre iniciativa privada. Los objetivos entonces se amplían y se comprende que la libre competencia económica no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar fines más profundos<sup>89</sup> en el que la búsqueda de la eficiencia del mercado es esencial pero la protección de los derechos de los consumidores y la defensa del bienestar general constituyen referentes importantes.

Esta amplitud en materia de objetivos de la normativa de protección de la libre competencia puede generar dificultades “en la medida en que será discrecional del superintendente privilegiar uno u otro propósito y llevar a resultados

87 Viciano Pastor, “Libre competencia”, 62 y ss.

88 Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica”, *Foro Revista de Derecho UASB*, 1, (2003), 92.

89 Marco Antonio Velilla, “Una aproximación al abuso de la posición dominante”, (En *Derecho de la competencia*, Bogotá: Navegante, 1998), 179.

distintos”.<sup>90</sup> Esta situación había sido puesta de presente por Soto Pineda quien señaló al respecto que la Superintendencia resuelve atendiendo a las condiciones particulares del caso, observando la obligatoriedad de la doctrina probable que prescribe la Ley 1340 de 2009, preservando el bien jurídico que experimente mayor riesgo —eficiencia del mercado o protección del consumidor—. Para el autor, el problema radica en que en aquellos casos en que no es posible armonizar estos objetivos, la decisión ha privilegiado la protección del consumidor.<sup>91</sup>

### Protección de la libre competencia desde la Ley Tipo

En múltiples países, la normativa de protección de la competencia no se agota en acciones de aplicación pública, mediante la actuación de organismos administrativos y judiciales, sino que también proceden acciones de resarcimiento de daños y perjuicios —acciones de aplicación privada— que pueden ser impetradas por particulares o empresas —también por el Estado en representación de alguna de ellas— que han sufrido pérdidas debidas a la conducta anticompetitiva.<sup>92</sup> La disposición propuesta en la Ley Tipo de Defensa de la Competencia permite a los legitimados entablar una demanda civil por infracción a la ley a fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos, incluidos los gastos realizados y los intereses devengados.

La Ley Tipo alude de manera expresa a los diversos tipos de acciones privadas para el resarcimiento de los perjuicios. Para ellos es preciso distinguir entre las acciones individuales y las acciones colectivas —*class actions*—. Las acciones individuales precisan que la persona o empresa que sufrió el daño impulse su propia acción —con pretensiones orientadas al resarcimiento de los perjuicios que el comportamiento oportunista y desleal de competidores haya podido generar en el disfrute de sus derechos o libertades— mientras que las restantes admiten

90 Emilio Archila, “Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia”. (Contexto, 2010), 25.

91 Soto Pineda, “La defensa”, 398.

92 Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015.

una legitimación mucho más amplia.<sup>93</sup> Por el contrario, es posible impetrar la acción en nombre de un gran número de personas o empresas que se consideren afectadas por el actuar de uno o varios operadores económicos.

No obstante, la existencia de estas acciones, se advierte que la responsabilidad en la protección y promoción de la misma se ha concentrado de manera prevalente a cargo del Estado —a través de órganos específicos y mediante acciones administrativas—. Poca participación han tenido los ciudadanos en esta cuestión, y al hacer esta referencia no se alude a los empresarios que, por motivos obvios, tienen interés en evitar que las conductas o las prácticas que lesionen la competencia generen efectos importantes en el mercado, se hace mención de los ciudadanos como afectados directos por este tipo de actuaciones, como titulares del derecho colectivo a la libre competencia y como perjudicados directos de cualquier actuación que tenga por objeto o como efecto falsear las condiciones en que opera el mercado.

En el caso colombiano son tres los sujetos legitimados para iniciar acciones orientadas a la protección de la libre competencia: a) los ciudadanos que de manera individual encuentren afectación a sus derechos e intereses por las prácticas restrictivas de la competencia y abusos de poder de mercado que cualquier agente económico despliegue en el sector económico en que aquel se desenvuelve; b) el Estado que podrá perseguir, oficiosamente o a solicitud de una parte, cualquier conducta o acto que vulnere la libre competencia; y, c) la colectividad, titular del derecho en mención.<sup>94</sup>

Respecto al reconocimiento del Estado como legitimado para el inicio de estas acciones orientadas a la protección de la libre competencia, debe remitirse a la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio como promotora y protectora de la libre competencia.

93 La legislación alemana y japonesa admite que las organizaciones cualificadas puedan incorporar acciones de resarcimiento de daños y perjuicios generados por la vulneración de la libre competencia económica.

94 Luis Guillermo Vélez, "Los objetivos de las normas antimonopolísticas: Planteamientos para un debate". (*Revista de Derecho Privado*, 10, 1992), 156. No se hace mención en este epígrafe de las acciones que por actos de competencia desleal pueden iniciar los empresarios afectados por cualquiera de las acciones consignadas en la Ley 256 de 1996 pues en tal acción (preventiva o de prohibición y declarativa y condena) la legitimación queda radicada en cabeza de "cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal" (art. 21) y eventualmente podrá ser impetrada por asociaciones cuya finalidad estatutaria sea la protección del consumidor, siempre que acrediten "que el acto de competencia desleal perseguido afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores", intereses que podrán ser diversos y no tienen que apuntar a la protección de la libre competencia.

La política de competencia como instrumento cardinal del sistema económico señalado “se estructura con el objetivo de garantizar que la actividad económica propiamente dicha sea puesta en marcha, en exclusiva, en escenarios de lealtad y libertad”<sup>95</sup>; por ello, la articulación del derecho de la competencia se ha organizado en torno a dos vertientes, la primera de ellas controla y reprime conductas que puedan tener incidencia en el equilibrio del mercado —abusos de posición dominante, prácticas concertadas o conscientemente paralelas, prácticas restrictivas de la competencia, concentraciones empresariales y ayudas estatales o públicas—<sup>96</sup>, la restante disciplina a los comerciantes que, contrariando el principio de buena fe y la lealtad mercantil, incurran en actos de competencia desleal. La segunda vertiente no tiene la pretensión *per se* de proteger la libre competencia sino la competencia leal.

Estas vertientes tienen relación directa con las acciones que contempla la legislación colombiana y que se ajustan a las condiciones estructurales de una economía social de mercado que exige un marco normativo que permita la protección de la competencia económica. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 designan a la Superintendencia de Industria y Comercio como la autoridad nacional competente para conocer, de forma exclusiva y a través de acciones administrativas —no incluye potestades jurisdiccionales<sup>97</sup>— las conductas que impliquen restricción o limitación por parte de los participantes en el mercado a la libre competencia.<sup>98</sup>

El Decreto 3523 de 2009 —modificado por el Decreto 1687 de 2010— radica en cabeza del organismo en mención la función de “velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales” (art. 8, núm. 2) además de tramitar las investigaciones preliminares e investigaciones de actos que “impliquen restricciones o limitaciones por parte de los participantes en el

95 Soto Pineda, “La defensa”, 318.

96 Uribe Piedrahita y Castillo Cadena, “El otorgamiento”, 236-245.

97 Colombia, Corte Constitucional, C-537 de 2010.

98 En materia de protección de la competencia la SIC también se encarga de promoverla a través de la “abogacía por la competencia”, que le permite: a) asesorar al gobierno en el diseño de medidas que fomenten la libre competencia en los mercados, b) adelantar estudios de mercado para identificar fallas en la competencia, c) promoción de la competencia por medio de actividades de socialización y educación, y d) rendir concepto previo respecto a los proyectos de regulación estatal que pudieran tener incidencia en la competencia en claro seguimiento a los lineamientos de la OCDE en “Estudios económico de la OCDE Colombia”, 2015.

mercado al derecho constitucional a la libre competencia” (art. 8, núms. 3 y 5) y que “sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica” (art. 1, núm. 3). Estas investigaciones podrán adelantarse por la solicitud que presente un tercero —cuya identidad podrá mantenerse en reserva en caso de que pudiera sufrir represalias comerciales—, por solicitud o traslado que realice otra entidad, o de oficio cuando la SIC advierta que existe una conducta que lesiona el principio en mención.

En el mismo sentido, la Ley 1340 de 2009 asignó a la SIC la competencia para imponer multas a personas naturales y jurídicas por violación de normas de protección de la competencia. Las multas que podrán imponerse a personas jurídicas ascienden a los 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, en caso de que fuera mayor, hasta un 150 % de la utilidad derivada de la conducta del infractor (art. 25); respecto de personas naturales que “colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren” conductas que menoscaben la competencia, la multa ascenderá hasta a 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El altísimo monto de la multa —que impone la SIC en ejercicio del derecho administrativo sancionador<sup>99</sup>—, resulta ser un elemento con pretensiones disuasorias para que los agentes económicos se abstengan de incurrir en violaciones a la normativa de protección de la competencia<sup>100</sup>, circunstancia a la cual se suma la atribución del carácter de doctrina probable al sentido de tres decisiones ejecutoriadas sobre el mismo asunto (art. 24) que otorga mayor seguridad jurídica y establece un claro precedente respecto al mantenimiento de la línea decisional de

99 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010. Respecto a las facultades jurisdiccionales que en esta materia competen a la SIC, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 24 atribuyó funciones jurisdiccionales al organismo en mención para conocer de tres asuntos, 1) violación a los derechos del consumidor, 2) violación a las normas relativas a la competencia desleal, y 3) infracción de derechos de propiedad industrial. Todos aquellos asuntos adicionales a los tres mencionados se tramitarán por vía administrativa y no jurisdiccional.

100 Con el fin de hacer más altas las multas e incentivar de manera negativa a los empresarios para que se abstengan de incurrir en este tipo de conductas el Proyecto de Ley 38 de 2015 prevé un incremento significativo en el monto de aquellas que podrá ascender hasta el 10 % del patrimonio de empresa o los ingresos operacionales que esta tuviera en el año fiscal anterior, hasta el 30 % del valor del producto o servicio involucrado en la conducta sancionada y hasta el 30 % del valor del contrato estatal, en casos de colusión en licitaciones públicas, además cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta la sanción podrá ascender hasta el 300 % del valor de la utilidad (cuando este porcentaje sea mayor al señalado en los eventos anteriores).

la Superintendencia en materia de protección de la libre competencia<sup>101</sup>, además de evitar posibles abusos en que podía incurrir la autoridad —que podría variar sin miramientos su doctrina— debido a la generalidad de la norma.

Este precedente, aunque administrativo y no judicial, responde a la protección de los principios de seguridad, igualdad jurídica, buena fe y confianza legítima. Resulta acertada esta disposición en la medida en que como se advirtió al señalar las características de la ESM, una de las condiciones esenciales para su buen funcionamiento se encuentra constituida por la constancia y estabilidad del marco normativo y de las decisiones de los encargados de administrar normas que tuvieran impacto en el mercado.

Las multas mencionadas se imponen en el marco de un procedimiento que observa las reglas de debido proceso —y culmina con un acto administrativo y no una sentencia—, cuyo trámite se adelanta ante la Delegatura de la Promoción de la Competencia de la SIC, que una vez surtido aquel, que consiste en el estudio de admisibilidad de la queja, la apertura de investigación preliminar, la investigación y práctica de pruebas, la apertura de investigación formal —si hay méritos—, la notificación, la posibilidad de ofrecer garantías, las intervenciones de terceros —que acrediten un interés directo e individual—, la práctica de pruebas, elabora un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio que es puesto en consideración de los intervinientes para que presenten alegaciones y posteriormente se profiera decisión contra la que procede el recurso de reposición. Como ocurre con los actos de la administración, este fallo será susceptible de control ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La existencia de este trámite, con claras reglas procedimentales, enfatiza en la relevancia que la protección de la libre competencia ostenta en el sistema económico colombiano. La legitimación en cabeza de sujetos diversos —no necesariamente empresarios— manifiesta la intención del legislador de permitir a cualquier interesado en su defensa contar con una acción expedita ante un organismo especializado que cuenta con el conocimiento suficiente y recursos adecuados para adelantar estas investigaciones. Respecto a la Superintendencia competente en estos asuntos vale la pena resaltar que la ley en mención potenció el campo de actuación y le otorgó herramientas adicionales en las acciones que

101 Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-819 de 2006.

adelanta en casos de violación a la competencia; sin embargo, como señala la OCDE, “debería tener una mayor independencia política, y así podría operar de manera más eficaz”.<sup>102</sup>

Frente a la legitimación de los ciudadanos, esta parte de la comprensión de que la competencia en los mercados se protege porque “impone presión a las empresas para que sean más eficientes y provean productos de mayor calidad y variedad a precios más bajos”<sup>103</sup> y actúa como un incentivo efectivo para que los empresarios inviertan en mejorar lo que ofrecen para captar más demandantes y pervivir en el mercado, resultando castigados aquellos empresarios ineficientes que canalizarán sus recursos a actividades más productivas. Esos incentivos se relacionan directamente con la innovación y el crecimiento económico, traducidos en forma directa en beneficios para los consumidores. Las condiciones de competencia en que se desenvuelve el mercado generan efectos para los comerciantes, consumidores y para el mercado como elemento esencial de la economía social de mercado, circunstancia que permite reconocer su legitimación.

En nuestro caso resulta claro que esta acción, con pretensiones mucho más amplias que las derivadas de acciones individuales, encuentra su soporte en la naturaleza misma del derecho a la libre competencia económica: su carácter colectivo (art. 88 de la CP, desarrollado por la Ley 472 de 1998). La libertad en mención permite su protección mediante acciones colectivas: de grupo o populares.

Al respecto es claro reconocer que como señala la UNCTAD en la Ley Modelo de Competencia, las acciones de grupo en materia de competencia suponen grandes retos para los estados que deben potenciarlas por dos razones: a) “cada demanda individual puede ser demasiado pequeña y no justificar una

102 Atendiendo a varias recomendaciones reservadas de la OCDE el Gobierno nacional presentó el Proyecto de Ley 38 de 2015 “por el cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”. Este proyecto, tal como señala su Exposición de Motivos, pretende “reforzar el régimen colombiano de tal forma que se desincentive la comisión de prácticas restrictivas de la competencia; otorgar a la Autoridad Nacional de Competencia herramientas efectivas para la investigación y represión de carteles, abusos de posición de dominio, y otras prácticas anticompetitivas; fortalecer el régimen de beneficios por colaboración para incentivar compañías a delatar carteles empresariales; hacer más transparente el régimen de competencia de cara a los consumidores y las empresas; y, en general, alinear el régimen colombiano a los estándares internacionales y mejores prácticas”. A pesar de la pretensión de la iniciativa, a la fecha, no ha sido promulgada como ley de la República. OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (*Estudios económicos de la OCDE Colombia*, 2015), 48.

103 Pablo Ángel y Laura Estrada, “La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: Una lección aún por aprender”. (*Revista de Derecho Privado*, enero-junio, 2011), 2-27.

acción individual y un procedimiento judicial posiblemente largo”; y, b) “la acción colectiva puede reducir considerablemente los costos de la acción para los demandantes”.<sup>104</sup> La posibilidad con que cuentan los ciudadanos, consumidores y empresarios afectados para iniciar este tipo de acciones permitía potenciar economías de escala al evitar el litigio individual y permitir acciones que representen múltiples intereses comunes.

El actuar colectivo de los individuos a la vez transmitiría a los posibles de la normativa una señal de que su comportamiento en el mercado está siendo vigilado y que ante circunstancias irregulares en él, procederán a movilizar el aparato jurisdiccional para buscar la protección de su derecho colectivo y en algunos casos la reparación de los perjuicios que pudieran haberseles ocasionado<sup>105</sup>. Quizás por esta razón es que se estima que las acciones de grupo que impetran los ciudadanos logran ponerlo en una condición de mediana igualdad respecto a agentes económicos que “no lo consideraba o no lo tenía en cuenta: reflejan el valor de la frase popular según la cual la unión hace la fuerza”<sup>106</sup>, condición que podría predicarse respecto de empresarios que, ante el actuar de otros competidores con mejor posición en el mercado, lograrían ponerse en pie de igualdad. Esta posibilidad armoniza el interés público que asiste respecto a la defensa de la libre competencia y el interés privado que además asiste a aquel que registra afectación directa en sus derechos o intereses económicos.

Respecto a las acciones populares, resulta claro que el interés que motiva al accionante no se encuentra en la pretensión de obtener una indemnización, en ella la protección del derecho colectivo resulta primordial; en el caso de las acciones de grupo el interés que motiva a los accionantes es la búsqueda de reparación del perjuicio que generó la actuación contraria a la normativa de competencia. No obstante este énfasis, el resultado satisface al colectivo que advertirá protegido su derecho a la libre competencia —al producirse un ajuste en las condiciones

104 UNCTAD, “Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Capítulo XIII revisado. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, (Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015), 3.

105 Laura Carballo Piñeiro, “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del artículo 6 del Reglamento Roma II”, (*Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007): 97.

106 Martín Bermúdez, *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007), 15.



en que funciona el mercado— con independencia de que el beneficio económico —reparatorio— percibido por otros no se le haga extensivo.

## Conclusiones

Una de las premisas básicas del funcionamiento de un sistema de Economía Social de Mercado es la garantía y protección de la libre competencia, que en todo caso no persigue en exclusiva la satisfacción del eficiente funcionamiento del mercado, sino que apunta a su vez a la garantía de la justicia y la lealtad en las relaciones entre agentes económicos, al fomento de la distribución equitativa de recursos en defensa del bienestar de todos los ciudadanos y la protección al consumidor. Por ello, este sistema propende a la protección de la libre competencia como principio constitutivo que permite el adecuado funcionamiento del mercado al restringir y sancionar comportamientos abusivos por parte de los agentes económicos y potencia el bienestar de los consumidores y usuarios al crear condiciones de mercado en las que, en principio, todos puedan concurrir para cubrir las necesidades básicas y satisfacer un mínimo vital.

La protección del consumidor en todos los sistemas jurídicos de protección de la libre competencia económica es un objetivo esencial que se compagina con la protección de los empresarios, de la competencia en sí misma y del mercado. Sin embargo, en estos marcos de protección normativa los derechos de los consumidores no ostentan la categoría de fundamentales y la protección de aquellos se produce a través de la protección de derechos subjetivos.

Al considerar que los ciudadanos concurren al mercado en procura de la satisfacción de sus necesidades, múltiples libertades de contenido económico son reconocidas en instrumentos normativos: la libertad de propiedad, la libertad de empresa, la libertad de establecimiento, la libertad de trabajo, la libertad sindical, entre otras tantas. Todas ellas exigen mercados competitivos que permitan su desarrollo, por ello es obligación del Estado proteger esta condición del mercado para evitar lesión de dichos derechos.

Existe una relación complementaria entre la libre competencia económica y el ejercicio de otras libertades y derechos. Si se parte de la premisa de que los ciudadanos —con independencia de su capacidad económica— concurren al mercado para demandar bienes y servicios —y satisfacer buena parte de sus

necesidades— cuando ese escenario se encuentra viciado por el comportamiento de algunos agentes, las posibilidades de concurrencia disminuyen y la capacidad para actuar con libertad e independencia se reducen, restringiendo el disfrute de otros derechos y menoscabando la teleología constitucional.

El marco normativo de protección de la libre competencia ostenta una doble condición: el carácter preventivo y el sancionador. Si se considera que el Estado es el director general de la economía su capacidad para acompañar el funcionamiento eficiente del mercado lo obliga a adoptar medidas que prevengan situaciones que afecten el disfrute de la libertad económica y otros derechos a ella asociados. En desarrollo de esa condición preventiva, el Estado cuenta con la capacidad de sancionar cualquier abuso de posición dominante que algún agente económico pueda desplegar en el mercado pudiendo en consecuencia imponer precios, limitar la producción, aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales y subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.

Aunque existen acciones constitucionales orientadas a obtener la protección de la libre competencia como derecho colectivo, no se advierte en los ciudadanos —ni individualmente considerados ni como colectividad— ánimo o voluntad para emprender acciones que persigan la protección de ese derecho, circunstancia que podría obedecer al desconocimiento de las mismas, a la debilidad de las asociaciones de consumidores, la necesidad de activos importantes para realizar estudios, entre otras. Ha sido la Superintendencia de Industria y Comercio la que, en ejercicio de facultades administrativas, y no en el marco de acciones constitucionales, ha investigado y sancionado agentes económicos que han lesionado el derecho en mención, además de múltiples derechos de los consumidores.

Considerando que en los años 2015 y 2016, agentes económicos de cuatro sectores del mercado: caña de azúcar, papeles suaves, pañales y cuadernos, fueron sancionados por formación de carteles, sin que las sanciones contemplaran indemnizaciones para los consumidores por cuanto las acciones fueron iniciadas de oficio mediante acción administrativa de la SIC, es claro que las acciones colectivas permitirían obtener la reparación de perjuicios para miles de ciudadanos, potenciarían economías de escala y generarían mayores incentivos negativos para aquellos que, ahora, reportan importantes beneficios económicos ligados a comportamientos que lesionan la libre competencia económica.

Resulta absolutamente claro que diversas fuentes de derecho internacional han enriquecido el proceso de construcción del marco normativo de protección a la libre competencia económica. La estructura y naturaleza jurídica de este derecho se ha fortalecido a partir de diseños normativos foráneos y de normas tipo que permiten señalar que el sistema legal colombiano, aunque con necesidad de algunos ajustes, se ha estructurado para satisfacer las necesidades propias de una economía globalizante donde otorgar seguridad jurídica a la diversidad de economías que concurren al mercado resulta ser esencial.



# EL ARBITRAMIENTO COMO ESTRATEGIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

Ramón Antonio Peláez Hernández

## Introducción

El desarrollo sistemático que supuso la materialización de redes sociales y la comunicación virtual, como también la referida transnacionalización, hizo necesario que los sistemas jurídicos respondieran a esa nueva realidad. El denominado comercio electrónico es la más clara expresión de ello, y como mecanismo idóneo para incentivar las relaciones comerciales constituyó un verdadero reto para afrontar su regulación, lo que conllevó, por una parte, a instrumentar en cada uno de los Estados una normativa que cumpliera un papel importante para regular este tipo de negocios jurídicos y en cuya materialización jugó una función determinante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).<sup>1</sup>

1 "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los estados a modernizar el derecho mercantil y los textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Los textos legislativos son los siguientes: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*; *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios*; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente; *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito*; Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagars

Pues bien, ese organismo además de fijar los parámetros generales del modelo que terminó implementado en Colombia mediante la Ley 527 de 1999<sup>2</sup>,

---

Internacionales; Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo); Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; y *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. Los textos no legislativos son los siguientes: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral; Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales; y Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional". Tomado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, (lo resaltado fuera de texto). CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*, (Viena: Secretaría de la CNUDMI. Consultado octubre 10, 2017. [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)).

2 Recordemos que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-662 del 8 de junio de 2000 con ponencia de Fabio Morón Díaz declaró la constitucionalidad de dicha normativa, precisando entre otras cosas, las siguientes:

"[...] 2. El contexto de la Ley 527 de 1999. 2.1. *La revolución en los medios de comunicación de las dos últimas décadas a causa de los progresos tecnológicos en el campo de los computadores, las telecomunicaciones y la informática.*

Es bien sabido que los progresos e innovaciones tecnológicas logrados principalmente durante las dos últimas décadas del siglo XX, en el campo de la tecnología de los ordenadores, telecomunicaciones y de los programas informáticos, revolucionaron las comunicaciones gracias al surgimiento de redes de comunicaciones informáticas, *las cuales han puesto a disposición de la humanidad, nuevos medios de intercambio y de comunicación de información como el correo electrónico, y de realización de operaciones comerciales a través del comercio electrónico,* [...].

2.2. La necesidad de actualizar los regímenes jurídicos para otorgar fundamento jurídico al intercambio electrónico de datos.

Desde luego, este cambio tecnológico *ha planteado retos de actualización a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales*, de modo que puedan eficazmente responder a las exigencias planteadas *por la creciente globalización de los asuntos* pues, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal.

La exposición de motivos del proyecto presentado al Congreso de la República por los Ministros de Justicia y del Derecho, de Desarrollo, de Comercio Exterior y de Transporte, que culminó en la expedición de la Ley 527 de 1999, ilustró las exigencias que el cambio tecnológico planteaba en términos de *la actualización de la legislación nacional para ponerla a tono con las nuevas realidades de comunicación e interacción imperantes y para darle fundamento jurídico a las transacciones comerciales efectuadas por medios electrónicos y fuerza probatoria a los mensajes de datos*, en los siguientes términos:

El desarrollo tecnológico que se viene logrando en los países industrializados, permite agilizar y hacer mucho más operante la prestación de los servicios y el intercambio de bienes tangibles o intangibles, lo cual hace importante que nuestro país incorpore en su estructura legal, normas que faciliten las condiciones para acceder a canales eficientes de derecho mercantil internacional, en virtud a los obstáculos que para esta encarna una deficiente y obsoleta regulación al respecto.

2.3. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

propició por otra parte que se redimensionara el papel de la jurisdicción local o regional para resolver los conflictos suscitados con motivo de tales negocios, precisamente por el concepto de desmaterialización del sitio donde se deben cumplir las obligaciones, a lo que se sumó el hecho de que al trascender tales relaciones comerciales las fronteras de los Estados, sus propios sistemas jurídicos tuvieron que responder a esa nueva realidad, especialmente porque las partes del negocio jurídico gozan de la libertad de disponer el mecanismo de solución de las disputas que surgieren con ocasión de este, dando como resultado que el organismo en mención fijara, a partir de una ley modelo, los direccionamientos para instrumentar —bajo la denominación de proceso arbitral—, un procedimiento que respondiera a la dinámica que impone los nuevos procesos de negociación, circunstancias propiciadas por la denominada globalización, por la incidencia que produce, como en efecto lo indicó la Corte en el pronunciamiento en cita, y que se materializó en Colombia en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 2012.

Pues bien, bajo ese panorama, el problema jurídico que se plantea en el presente capítulo consiste en ¿cuál es el efecto que en los sistemas jurídicos produce la globalización del comercio y qué mecanismos de orden procesal están previstos para reaccionar frente a las eventuales disputas que se susciten en ese entorno?

La hipótesis sobre la cual gira la postura a adoptarse es la de que esa nueva realidad comercial plantea una necesaria uniformidad, que incide en los sistemas y que se refleja en los mecanismos previstos para solucionar las disputas, y que por ende el arbitramento es una expresión de esa tendencia unificadora para

---

Como quedó expuesto, las regulaciones jurídicas tanto nacionales como internacionales resultaron insuficientes e inadecuadas frente a los modernos tipos de negociación y de comunicación.

Ante esa realidad, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil promovió la gestación de un proyecto de ley tipo en materia de comercio electrónico, inspirada en la convicción de que al dotársele de fundamentación y respaldo jurídicos, se estimularía el uso de los mensajes de datos y del correo electrónico para el comercio, al hacerlos confiables y seguros, lo cual, de contera, *redundaría en la expansión del comercio internacional, dadas las enormes ventajas comparativas que gracias a su rapidez, estos medios ofrecen en las relaciones de índole comercial entre comerciantes y usuarios de bienes y servicios.*

La Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996 aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la CNUDMI y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares. [...] La Ley 527 de 1999 es, pues, el resultado de una ardua labor de estudio de temas de derecho mercantil internacional en el seno de una Comisión Redactora de la que formaron parte tanto el sector privado como el público [...]" (Lo resaltado fuera de texto).

cumplir con el propósito de servir como instrumento para resolver los conflictos de carácter comercial que se presenten entre los contratantes.

La metodología que se siguió para demostrar esa hipótesis comprende el análisis, la síntesis, la inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental, lo cual supuso que la labor aquí desplegada se basara en el análisis teórico de las diversas posturas existentes en torno a la materia de estudio y, con ese mismo propósito, conllevó a una aproximación descriptiva del arbitramento y su tratamiento que en la órbita internacional y constitucional se le ha dado en nuestro sistema jurídico, en respuesta a esas nuevas tendencias.

En este orden de ideas, la búsqueda se concentró en el análisis de la nueva realidad negocial que supuso la instrumentación de un mecanismo, que como el arbitramento busca propiciar soluciones inmediatas a la disputa, sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria, constituyendo una estrategia propicia para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, y por tanto enmarcándose en el concepto de justicia informal como una expresión de la función pública de administración de justicia y cuyos derroteros responden a unos direccionamientos trazados desde organismos de corte internacional, todo ello para propender por la unificación de procedimientos, respondiendo en el orden interno, estructuralmente a la Ley Modelo que sobre arbitramento se expidió, y cuyo análisis también se aborda en este documento.

Todo ello en consecuencia conlleva abordar, en una primera parte, los efectos de la globalización del comercio para incidir en esa eventual uniformidad, y demostrada como es esa nueva realidad, a partir de la identificación de las aristas que caracterizan esas tendencias unificadoras se evidenciará cómo, en efecto, el arbitramento es una clara expresión de esa aspiración procesal, para luego abordar en una segunda parte, la naturaleza jurídica de este instituto procesal visto desde el ámbito constitucional y en una última parte verificar la incidencia que ha de tener en el panorama procesal a partir de los ejes articuladores que resultan comunes de los direccionamientos trazados internacionalmente en la Ley Modelo, y que verificados en la normativa interna, nos permitirá sentar las conclusiones de esa labor.



## Relaciones comerciales y globalización

### *Panorama actual*

Para nadie es un secreto que las nuevas reglas del mercado a partir de los años 90 del siglo pasado, supusieron un cambio radical a propósito del desarrollo desmesurado de los medios de comunicación, que bajo la denominada “virtualidad” permitió trascender las fronteras en todos los ámbitos y en particular en lo comercial, a tal punto que se ha considerado que “la globalización es un proceso, esto es, un proceso en marcha, inacabado, y que se ha iniciado hace poco o, por lo menos, gracias a factores fundamentales como las nuevas tecnologías y sus componentes informáticos [...]”<sup>3</sup>, a lo que se sumó la transnacionalización del comercio, expresado en la apertura de fronteras, donde la variedad de formas de desplazamiento optimizaron los tiempos de los actores a otras latitudes, y la correlativa masificación de los negocios jurídicos. Ese nuevo panorama negocial permitió que ganara espacio dicha globalización, por lo que se afirma que:

[...] Un arquitecto del *pensamiento* burgués en cuanto al tema es el *Grupo de Lisboa*. Para esta asociación europea, se percibe en la *literatura* existente siete tipos de Globalización. La globalización de las *finanzas* y el *capital*, la globalización de los *mercados* y *estrategias*, y especialmente de la *competencia*, la globalización de la *tecnología*, de la *investigación* y *desarrollo* y de los conocimientos correspondientes, la globalización de las formas de vida dominantes, la globalización de la unificación *política* del mundo y la globalización de las percepciones y la *conciencia* planetaria. Pero para los especialistas que conforman el grupo de investigación hay consenso en que todas esas globalizaciones son parciales por lo tanto ninguna prevalece sobre las demás.

Por tanto, se dieron a la tarea de proponer un nuevo concepto o (mejor llamarla una visión propia). Para el *Grupo de Lisboa* la Globalización: “[...] hace referencia a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los Estados y las *sociedades* que construyen el actual sistema mundial. Describe el proceso a través del cual los acontecimientos, decisiones y actividades en cualquier lugar tienen repercusiones significativas en muy alejados rincones del mundo. La Globalización se manifiesta en dos

3 Carlos Eduardo Maldonado, “La globalización como proceso: herramientas para pensar procesos”, (En Gonzalo E. Ramírez Cleves, ed., *El derecho en el contexto de la globalización*), Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007. 35.

fenómenos diferentes: el de alcance y el de la intensidad. Por un lado define una serie de *procesos* que abarcan la mayor parte del globo o que operan a *escala* mundial; el concepto tiene, pues, una implicación espacial. Por otro lado, también implica una intensificación en los niveles de *interacción*, de interconexión o interdependencia entre los Estados y sociedades que integran la *comunidad* mundial [...].

Otra posición reiterada es identificar la Globalización como un nuevo orden Poscomunista que regula las *leyes* del *Capitalismo* a nivel mundial y que es válida para denominar las relaciones que se establecen de todo tipo y magnitud dentro de la “aldea global”. Los defensores de esta concepción argumentan que el derrumbe del campo socialista devolvió al Capitalismo a su cauce natural, a la universalización del Capitalismo. Que el proceso capitalista va ganando adeptos e incluso en aquellas naciones ex socialistas y por tanto va camino a la homogenización y armonización del Sistema a nivel Mundial. Para estos autores los integrantes de la aldea global consumen diariamente las mercancías producidas en una fábrica global, donde las naciones que no son centros de poder juegan el papel de simples talleres que contribuyen con la producción de los poderosos [...].<sup>4</sup>

Atendiendo a las anteriores consideraciones, es perfectamente posible señalar que:

La palabra “globalización” es distintiva y portadora de un significado específico. Todo el mundo sabe más o menos lo que recubre. Se trata de una toma de conciencia de que muchos problemas, en el final del siglo XX y a comienzos del XXI, ya no pueden tratarse a través de una simple referencia a los Estados y sin tener en cuenta los vínculos que, de ahora en adelante, unen las diferentes partes del globo terrestre. En materia de clima o en materia de medio ambiente, en materia de comunicaciones y, sobre todo, de telecomunicaciones, es algo particularmente evidente. Pero el concepto de globalización desbordó con gran rapidez estas cuestiones que escapaban claramente a la gestión puntual y atomizada de los Estados, para dar su plena dimensión a una mejor comprensión de fenómenos nuevos que se producen en el *campo de los intercambios monetarios y económicos*”.<sup>5</sup> (lo resaltado fuera de texto).

En ese propósito se afirma que la globalización supone un valor paradigmático cuando se cumple una serie de condiciones, a saber:

4 Víctor Cairo, *La globalización y el comercio internacional*, (Consultado octubre 10, 2017, <http://www.monografias.com/trabajos25/globalizacion-comercio/globalizacion-comercio.shtml>)

5 André-Jean Arnaud, *Entre Modernidad y Globalización*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000), 32.

- Un cambio en los modelos de producción.
- El desarrollo de los mercados de capitales ligados entre sí más allá de las naciones.
- Una expresión creciente de las multinacionales.
- La importancia creciente de acuerdos comerciales entre naciones que forman bloques económicos.
- Un ajuste estructural que pasa por la privatización y la disminución del papel del Estado.
- La hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas.
- Una tendencia generalizada en todo el mundo a la democratización, a la protección de los derechos de hombre, al renovado interés por el Estado de derecho.
- La aparición de actores supranacionales y transnacionales que promueven esta democracia y esta protección de los derechos del hombre.<sup>6</sup>

Es así como se afirma que:

[...] Lo que la globalización acarrea es, entonces, un centro de gravedad en torno al cual se dan las principales decisiones económicas y políticas mundiales, dotado de un carácter no democrático, embozado en la esfera privada, dogmático en su pensamiento y acción, sin márgenes para un pluralismo no corporatizado, renuente al debate político profundo y atado a una lógica de la ganancia que le impide la planificación a largo plazo [...]<sup>7</sup>

Así las cosas, en voces del maestro De Sousa Santos, la globalización:

[...] es un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales. Una vez que un proceso de globalización es identificado, su significado y explicación plenos no pueden ser obtenidos sin considerar procesos adyacentes de relocalización que ocurren en conjunción y entrelazados con él [...].<sup>8</sup>

6 Arnaud, "Entre Modernidad", 34.

7 José Luis Orozco y Consuelo Dávila, *Breviario Político de la Globalización*, (México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, 1997), 198.

8 Boaventura De Sousa Santos, *La globalización del derecho*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002), 56.

## Incidencia de la globalización en lo normativo

Si se parte de la base que los ordenamientos jurídicos son el reflejo de la dinámica económica que se suscita en la sociedad, se tiene que los sistemas jurídicos resultan permeados por la nueva realidad que hemos venido mencionando, por lo que:

[...] Se puede afirmar hoy, sin temor a equivocarse que el proceso de la llamada globalización está acompañado de una transformación gradual no sólo de la estructura y organización política, *sino también de los aparatos y mecanismos de producción normativa*. En efecto, los espacios de tiempo presente parecen ser los espacios abiertos del mercado, del comercio, de la economía y las finanzas libres, del intercambio y circulación de cosas y personas, espacios que proponen *un derecho nuevo*, sin barreras, sin fronteras o por fuera de ellas, y que ha hecho pensar en un sistema jurídico que no tenga ya, en el territorio, su centro propio de existencia [...].<sup>9</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Pues bien, en el ámbito del derecho privado, el proceso civil es el mecanismo de naturaleza heterocompositiva de resolución de los conflictos, frente a esa nueva realidad se ve reflejado, en una marcada tendencia a la uniformidad, lo que ha llevado a afirmar, en voces del maestro Taruffo, que se torna como necesario un cambio en el proceso puesto que la denominada:

[...] “sociedad mundial”, esté resultando el ámbito fundamental de referencia para comprender la naturaleza y dinámica de los procesos judiciales globales.

En alguna medida *esta tendencia está relacionada con la globalización de la economía mundial* y puede ser incluso interpretada como el efecto de ella.<sup>10</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Lo anterior supone, que:

*En general, la globalización es un factor muy potente que produce uniformidad —o por lo menos un empuje hacia la uniformidad— de la cultura.* Cada uno puede encontrar fácilmente docenas de ejemplos de objetos culturales (libros, discos, películas, videotapes, obras de arte) que se vuelven “comunes” a escala mundial, a consecuen-

9 Édgar Cortés, “Fluidez y certeza del derecho ¿hacia un sistema abierto de fuentes?”, (En Gonzalo E. Ramírez Cleves, ed., *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 161.

10 Michele Taruffo, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. (Bogotá: Temis, 2006), 17.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

cia de la expansión de los mercados y de la extrema facilidad y rapidez de la comunicación.<sup>11</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Todo ello para significar en voces del connotado maestro italiano, que:

[...] un mercado globalizado *requiere un grado elevado de uniformidad de los mecanismos jurídicos que son usados para revestir de formas legales los hechos económicos*. Esto es obvio, por ejemplo, en el ámbito de los contratos que se emplean en todo el mundo para las transacciones comerciales y financieras.<sup>12</sup> (lo resaltado fuera de texto).

En este mismo sentido se torna necesario indicar que el derecho procesal no se escapa de esa aspiración armonizadora, especialmente en lo que respecta al proceso civil, que sería el escenario propicio para dirimir las controversias que derivan de esas relaciones comerciales, y de ahí que se afirme que:

[...] Por ejemplo, la International Association of Procedural Law, dedica mucha atención a la armonización del derecho procesal en el plano transnacional, y es ella misma un importante factor de circulación de las ideas relativas a muchos temas en este ámbito. [...] *el proceso civil es cada vez más a menudo materia de regulación internacional*; es obvio pensar en las convenciones de Bruselas, de Lugano y de la Haya, pero muchos otros tratados o convenciones pueden ser mencionados (como p. ej. El art 6 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre). Otro fenómeno de notable interés está constituido por varios intentos de construir bases comunes para la armonización o unificación del derecho procesal. Un ejemplo relevante es la Model Law preparada por la UNCITRAL *para el arbitramento comercial*, que está obteniendo notable éxito, sobre todo porque ya existe un contexto internacional del arbitramento comercial.<sup>13</sup> (lo resaltado fuera de texto).

Todo lo anterior nos permite afirmar, sin riesgo a equívocos, que ante la realidad que plantean las relaciones comerciales —en cuyo ámbito, el interés que les asiste a los comerciantes es el de contar con mecanismos expeditos de resolución de conflictos— el arbitramento internacional adquiere, como era de esperarse, un rol de vital importancia; esto en razón a que los modelos de justicia tradicional no tienen la capacidad de reacción que desde el punto de vista de la solución

11 Ibid, 18, citando para el efecto a Friedman al afirmar que se trata de una cultura global “*middle brow and middle class*” esencialmente popular.

12 Ibid, 18.

13 Ibid, 19.

inmediata imponen tales relaciones, a los que el proceso arbitral sí está en capacidad de responder con la celeridad que se espera de esas actuaciones.

Bajo la anterior perspectiva, tanto el arbitramento internacional, como el nacional adquirieron un papel preponderante precisamente por ser una respuesta idónea a la globalización del comercio, en la medida en que permite la adopción de un mecanismo que responde de manera más eficaz a la resolución de los conflictos, en cuyo caso, las partes son las que definen la manera de su integración y, en especial, el lugar en el que este ha de sesionar para responder a la inmediata solución de la disputa.

En ese propósito, tales acuerdos que toman como base la Ley Modelo, se fundan en la escogencia del tribunal de arbitraje por cuenta de las partes, quienes a su vez, además de determinar el número de árbitros para cumplir esa labor, cuentan con la posibilidad de establecer un término perentorio de duración de la actuación en cuyo marco los conflictantes reciben del tribunal una respuesta que bajo la denominación de laudo arbitral responde a las exigencias de justicia que provocó su integración, quedando supeditado dicho laudo al trámite del *exequatur*<sup>14</sup> que en cada uno de los Estados se impone como condición necesaria para la ejecución de las decisiones allí contenidas.

Cabe señalar que en efecto frente a ese modelo procesal existen unos parámetros o estándares que, conforme a la referida Ley Modelo, son comunes en todos los Estados, precisamente porque responden a la identidad que se espera del arbitramento y que se pueden fijar en los siguientes:

- Establecimiento de un término de duración del proceso.
- Determinación de la forma de escoger los árbitros.
- La fijación de las condiciones o calidades que se esperan de los árbitros como sujetos cualificados.
- El procedimiento a seguir.
- La naturaleza o tipo de pronunciamiento.
- La imposibilidad jurídica de la existencia de recursos ordinarios en el desarrollo o trámite del proceso.

14 Trámite cuya competencia le está adscrita a la Corte Suprema de Justicia según las previsiones contenidas en el artículo 30 numeral 5 y que conforme al trámite previsto en el artículo 607 del Código General del Proceso buscan que tales decisiones tengan en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, conforme a las previsiones contenidas en dicha normativa.

•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización.

Pues bien, Colombia, como la mayoría de países que integran la ONU, responde a las exigencias de este modelo alternativo en el que la influencia del derecho europeo y anglosajón es determinante; y, por ser miembro de esta organización, está sujeta a los direccionamientos que desde la misma UNIDROIT<sup>15</sup> se señalan para el derecho privado y a las pautas que frente a los conflictos que se susciten, deben adoptarse para su superación, dentro de los que se cuenta el arbitramento.

Todo lo anterior nos permite afirmar que la pretendida unificación, como aspiración de contar con unas condiciones que sean susceptibles de ser aplicadas en cualquier parte del mundo, no solo se ha dado en el ámbito del derecho privado en materia contractual, sino que, además, se hizo extensiva en relación con los mecanismos previstos para la resolución de las controversias que se presenten con motivo de esos contratos.

## El arbitramento en el contexto de los modelos procesales de solución de conflictos

### *Naturaleza jurídica*

Estructurados como sistemas procesales de resolución de conflictos, la denominada autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, “[...] respondiendo cada uno de ellos a una etapa histórica determinada”<sup>16</sup>, se ha ubicado al arbitramento en los sistemas heterocompositivos, como en efecto tuvo oportunidad de señalarlo la Corte Constitucional en la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra y Manuel José Cepeda

15 “El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, también conocido como UNIDROIT, es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, Italia. Su objetivo es estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos.

Asimismo, se tiene dentro de sus principales funciones la redacción y aprobación de normativas respecto a temas de derecho privado aplicables a los países miembro de la UNIDROIT. Uno de los principales logros, aplicables en la legislación nacional, son los principios generales sobre derecho privado. Estos principios abarcan los temas del derecho mercantil, civil y comercial.

La UNIDROIT cuenta con 63 Estados miembro, al cual pertenece Colombia desde el 19 de abril de 1940”. Gobierno de Colombia, Cancillería. *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)*, <http://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/inter-governmental/unidroit>

16 Antonio Peláez, *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del derecho de acceso a la justicia*, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2017), 20.

Espinosa<sup>17</sup>, y que a su vez se enmarca en la tercera ola de justicia como estrategia para propiciar el cabal ejercicio del derecho de acceso a la justicia; olas de las que se ocupó la misma Corte Constitucional en el referido pronunciamiento<sup>18</sup>, pues, por una parte, se considera como uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que se enmarcaría dentro de la categoría de justicia informal<sup>19</sup>; y por otra, responde al ejercicio de la función jurisdiccional que se le atribuye,

.....  
17 En efecto, en la referida Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001, cuando tuvo la Corte la oportunidad de pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la imposición del cumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación indicó entre otras cosas que:

"[...] Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta [...]. El primero, denominado de autocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y la amigable composición.

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes. *En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.* (Lo resaltado fuera de texto).

18 Es así como, allí se señaló que:

"[...] Algunos doctrinantes [...] al analizar la evolución del movimiento de reforma a la justicia identifican tres "olas" sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia. La primera ola se refiere al propósito de proveer servicios jurídicos para los pobres mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios gratuitos de asesoría legal, de defensores de oficio o del amparo de pobreza.[...] La segunda ola se refiere a la creación de figuras tales como las acciones populares y de grupo, como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos. La tercera ola se orienta a garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, bien sea a través de la justicia formal mediante vías judiciales realmente expeditas o de procedimientos alternativos como la negociación, el arbitraje o la mediación.

A estas tres olas registradas hasta mediados de la década de los ochenta se suma una cuarta ola, dentro de la cual se han adoptado medidas para corregir problemas específicos de acceso a la justicia para remover barreras concretas. Figuras tales como los jueces itinerantes –para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos–; la administración judicial de los tiempos de un proceso –para garantizar un acceso a la justicia más expedito al permitir la reducción de los tiempos procesales de común acuerdo con las partes–; la evaluación neutral previa del proceso –para restringir el litigio a los asuntos esenciales–; o la provisión de asesores legales neutrales –para que sectores débiles o marginados de la población superen sus temores a negociar y sus desventajas frente a organizaciones privadas particularmente poderosas–, son algunos ejemplos de este tipo de medidas.

19 Yazmín Gómez, *Solución pacífica, conciliación y arbitraje*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 191, donde se define el arbitraje así:

"[...] es un medio de resolución de controversias por medio del cual las partes acuerdan someter una diferencia susceptible de transacción a terceros llamados árbitros quienes quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia". En el mismo sentido, cf., Ramiro Bejarano, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, (Bogotá: Temis, 2011), 456.



entre otros, a los particulares en calidad de árbitros<sup>20</sup>, por lo que al constituir una expresión del ejercicio de la función pública de administrar justicia, se comporta de manera similar al modelo de justicia formal, como es el proceso judicial, superándose de una vez por todas el carácter privatista que en vigencia de la Constitución de 1886 se le daba al arbitramento, bajo el entendido que emanaba de un acuerdo de voluntades, contenido en un pacto arbitral.

En este último sentido, es preciso señalar que:

[...] La naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje fue objeto de una vasta discusión desarrollada en la primera mitad del siglo XX. En aquella época los autores que favorecían el desarrollo del arbitraje, enfatizaban su carácter contractual, mientras que los partidarios de la concepción jurisdiccional acentuaban la competencia que suponía el arbitraje para los tribunales estatales [...].<sup>21</sup>

Pues bien, ese debate se encuentra debidamente superado puesto que, al concebirse dicho instituto como una expresión del ejercicio de la función jurisdiccional para administrar justicia atribuida a los particulares de forma temporal, en la forma señalada en el art. 116 de la Constitución Política, se entiende que es un mecanismo heterocompositivo de similares características que el modelo que plantea el proceso civil previsto en el marco de la justicia formal, no obstante que es posible deducir unos rasgos distintivos, como a continuación se demostrará.

20 En Sentencia C-294 del 26 de julio de 1995, con ponencia de Jorge Arango Mejía se dijo entre otras cosas que: "[...] *Los árbitros también ejercen una función pública*, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser 'habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad'. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar. Y se dice que esta es la diferencia fundamental, *porque si los árbitros administran justicia* 'en los términos que determine la ley', también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio [...]" (lo resaltado fuera de texto).

21 Enmanuel Gallard, *Aspectos filosóficos del arbitraje internacional*, (colección Cátedra de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de valores, serie Arbitraje Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia, Editorial Gustavo Ibáñez, 2012), 47.

### *Puntos de convergencia*

Habiéndose afirmado que el arbitramento forma parte de la justicia informal y que tiene su fundamento en el art. 116 de la Constitución Política se asimila en sus efectos al modelo de justicia formal, como expresión de la función atribuida a los particulares que en aquella calidad quedan investidos de las mismas atribuciones que se les confieren a las autoridades judiciales, por lo que afloran las siguientes similitudes:

- Su manejo está a cargo de sujetos cualificados a quienes se les asigna la función de administrar justicia, llamados jueces y árbitros. En ambos eventos se exigen particulares calidades a quienes fungen en tales cargos, como acontece por ejemplo con los árbitros que como en el caso colombiano, cuando el conflicto es de naturaleza jurídica se les exige el título profesional de abogados y la misma experiencia pregonable para ser magistrado de Tribunal Superior, es decir de ocho años.
- Concurren en su materialización las garantías procesales integradoras del debido proceso más importantes: la del juez natural, las formas propias de cada juicio y el de la tipificación de la conducta y/o de la relación jurídica.
- Son procedimientos reglados en la medida en que su desarrollo se regula en normas de orden procesal. En Colombia se tiene la Ley 1563 de 2012, para el proceso arbitral y la Ley 1564 de 2012 denominada Código General del Proceso, para el proceso civil, de familia, comercial y agrario.
- En ambos se impone como necesario el ejercicio del derecho de postulación, salvo en los asuntos de mínima cuantía.
- La actuación procesal suele culminarse a través de un pronunciamiento que muy a pesar de su distinta denominación, producen los mismos efectos de cosa juzgada: sentencia y laudo arbitral.

### *Puntos de divergencia*

Pese a las similitudes atribuibles de ambos procesos, surgen, sin embargo, algunas diferencias, a saber:

- El arbitramento se funda en el principio de la voluntariedad, por tanto, se llega a él por virtud de un pacto arbitral, definido como “[...] un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de definir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria”<sup>22</sup>, mientras que para el modelo judicial, no se impone ese consenso, pues la decisión de acudir ante el aparato jurisdiccional del Estado en procura de una tutela judicial efectiva, por depender de una de las partes del litigio, deberá someterse a las reglas propias de la jurisdicción y competencia.
- Mientras la justicia ordinaria se somete a un plan de reparto para la determinación del juez de conocimiento por virtud de los factores de competencia —competencia interna y externa—, en el arbitramento las partes tienen la libertad de escoger los árbitros.
- El proceso arbitral tiene un término de duración que lo establecen las partes, y a falta de ese acuerdo, lo fija la ley, en tanto que en la jurisdicción ordinaria no existe en principio dicho término, sin perjuicio, claro está, de la previsión contenida en el art. 121 del Código General del Proceso contenido en la Ley 1564 de 2012 que lo fijó en un año para el proceso civil en la primera instancia contados desde el día siguiente a la notificación del demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo al demandado, so pena de la pérdida automática de competencia que consagra dicha normativa.<sup>23</sup>
- En los procesos arbitrales no opera el principio de las dos instancias, y en relación con los actos procesales de impugnación que proceden contra el laudo arbitral, solamente se consagran los extraordinarios de anulación por errores *in procedendo*, y el de revisión por las mismas causales previstas para el proceso civil, mientras que en el desarrollo del proceso civil, por regla general se rige por el principio de las dos instancias y

22 Jorge Gil, *Nuevo Régimen de Arbitramento*, 3.ª ed., (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005), 79, en este mismo sentido, Bejarano, “Procesos”, 461.

23 Ramón Antonio Peláez Hernández, *Estructura del proceso civil en el contexto de la oralidad*, (Bogotá Doctrina y Ley, 2016), 19.

procede la impugnación tanto por errores *in procedendo* como también por errores *in iudiando*.

- El proceso arbitral por esencia es oneroso pues deben sufragarse tanto los gastos del proceso como los honorarios de los árbitros y del secretario por cuenta de las partes, mientras que el proceso judicial es gratuito, salvo los gastos que en la actividad probatoria, como el caso del peritazgo y la expedición de copias para tramitar las apelaciones, entre otros, deban sufragar el interesado en el acto procesal.

### **Ejes articuladores del arbitramento previsto en la Ley Modelo y el estatuto arbitral colombiano**

#### *Fundamentos para la adopción de una Ley Modelo*

Como se dijo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, expedida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), fijó los direccionamientos generales respecto a este tipo de actuación, contenidos en la denominada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, como en efecto se lee en la exposición de motivos contenidos en la Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que parte del reconocimiento respecto al valor del arbitraje como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, y por tanto el establecimiento de una Ley Modelo sobre este tópico, que sea aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, contribuye al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas.

En este sentido y tomando nota de que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó en su 18.º periodo de sesiones la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, tras las debidas deliberaciones y la celebración de amplias consultas con instituciones arbitrales y con especialistas en arbitraje comercial internacional, y que sumado al hecho de que la Ley Modelo, junto con la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión

de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recomendado por la Asamblea General en su Resolución 31/98 del 15 de diciembre de 1976, contribuye de manera importante al establecimiento de un *marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales*, se pide al secretario general que transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junto con los *travaux préparatoires* del 18.º periodo de sesiones de la Comisión; extendiendo una recomendación a que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional, tal y como se señaló en la 112.ª sesión plenaria del 11 de diciembre de 1985, y que en términos similares se indicó en la 64.ª sesión plenaria del 4 de diciembre de 2006 (lo resaltado fuera de texto).

Obsérvese que el fundamento central para la implementación de una Ley Modelo en ese tópico radica en la necesidad de contar con un instrumento de orden procesal que responda a la necesidad que impone la nueva realidad negocial de orden internacional que caracteriza el tráfico comercial y que en consecuencia se le da el alcance normativo de orden procesal, regulador de un proceso arbitral que establece unos parámetros de carácter genérico para fijar las reglas que deben regir esa normativa, como resultado de la unificación que se espera de las reglas que han de regir dicho procedimiento, a nivel mundial.

Pues bien, a propósito de las consideraciones esbozadas en la exposición de motivos que apunta a una verdadera unificación, debemos así mismo señalar en relación con esta categoría que:

[...] no es un fenómeno expansivo sino que coexiste con una marcada tendencia hacia el particularismo en determinados sectores del derecho de la negocios internacionales. Particularismo que, incluso, sólo está en los primeros pasos de superación dentro de los círculos jurídicos integrados que agrupan ordenamientos pertenecientes a una misma familia jurídica: la experiencia de la unificación del Derecho en América

Latina, pese a la ingente obra de instituciones como la Conferencia Especializada Iberoamericana de Derecho Internacional Privado, es una buena prueba de ello.<sup>24</sup>

Es precisamente en ese ámbito de acción de las relaciones comerciales en el que se mueve con solvencia el proceso arbitral, y de ahí que se afirme que en el contexto comercial internacional tiene una importancia extraordinaria fundado en:

[...] el método o técnica mediante la cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia [...].<sup>25</sup>

Pues bien, parte de los direccionamientos que trae la Ley Modelo son recogidos en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, precisando en todo caso en voces del maestro Monroy Cabra, que:

[...] La primera diferencia entre la ley modelo y la ley colombiana es que aquella se aplica al arbitraje comercial, es decir, cuando la controversia sea comercial, y la ley 315 de 1996 se refiere genéricamente al arbitraje internacional, por lo cual cubriría también otros aspectos como los civiles, etc. [...]. La ley modelo no define qué debe entenderse por materia comercial. Optó por poner una nota a pie de página en la que se establece que debe darse “una interpretación amplia a la expresión «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no. Son relaciones de índole comercial las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdos de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”<sup>26</sup>

Precisadas así las cosas, la Ley Modelo sienta las bases sobre las cuales se diseña la manera en que debe regularse el proceso arbitral, fijando unos parámetros

24 Carlos Fernández, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, (Madrid: Iustel, 2008), 128.

25 Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, (Bogotá: Temis, 2016), 448.

26 Ibid, 453.

generales a partir de los cuales los ordenamientos jurídicos de cada país regulan el referido proceso a nivel interno, y en esa medida responde esta normativa, a esos claros direccionamientos que a la postre propenden por una uniformidad de orden procesal. Dicho lo anterior, verificaremos esos ejes articuladores.

### *Estructura del proceso arbitral*

La Ley Modelo sienta las bases de la manera como debe estructurarse el proceso arbitral, estableciendo algunos ejes articuladores que contenidos en dicha ley, se han implementado en la normativa interna, como aconteció en Colombia inicialmente a través del Decreto 1818 de 1998 que unificó los mecanismos alternativos de solución de conflictos y dedicó parte de su articulado al desarrollo del proceso arbitral, recogiendo para el efecto las disposiciones contenidas en el que fuera el Decreto 2279 de 1989, algunas de las cuales fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, con ponencia de Eduardo Montealegre, por considerarse que el director del Centro de Arbitraje no tenía funciones jurisdiccionales para hacer pronunciamientos como el del admisorio de la demanda; medidas todas ellas que sirvieron de fundamento para la expedición de la Ley 1563 de 2012 que bajo la denominación de Estatuto Arbitral Nacional e Internacional recoge toda esa filosofía.

### *El carácter solemne del acuerdo*

El art. 7 de la Ley Modelo, define el acuerdo de arbitraje, aprobado por la Comisión en su 39.º periodo de sesiones, celebrado en 2006, como aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, pudiendo adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

En este orden de ideas, se dispone que dicho acuerdo deberá constar por escrito y en ese propósito se establece que se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

Es así como se señala que el requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica”, se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.

Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra y, por último, se dispone que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Este condicionamiento de orden escritural, desde el punto de vista sustancial, le da el carácter de elemento accidental al contrato, que en la forma en que se regula en la legislación colombiana se han definido como cosas del contrato que permiten precisar el tipo de negocio jurídico de que se trata y algunas otras particularidades de los que cada uno de ellos ostenta; ello conforme a las previsiones contenidas en el art. 1501 del Código Civil colombiano, al considerar como esenciales los que definen el tipo o clase de contrato, los de la naturaleza, los que se entienden pertenecerle al negocio jurídico así no haya cláusula alguna que los incorpore y, los accidentales que requieren cláusula expresa, en la medida en que en ellos, a la postre, se hace efectivo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que se puede mover en dos contextos: respecto a la forma de pago y en torno a la forma de resolver los conflictos surgidos con motivo del contrato.

La importancia de estos elementos radica en que por virtud de ellos no solamente se precisa el tipo de relación contractual de la que se trata, sino que, además, permiten definir el marco negocial en torno del cual, los sujetos de la relación jurídica han de circunscribir su comportamiento contractual y de ahí la impotencia que revisten en la teoría del negocio jurídico.

En ese sentido se ha indicado que:

[...]. c). los elementos accidentales (*accidentalia negotii*). Así se denominan los pactos que varían los efectos subsidiarios normales establecidos por la ley según la naturaleza del acto en cuestión, como el pacto de retroventa, o el comisorio, o las es-



•El arbitramento como estrategia de resolución de conflictos en el contexto de la globalización•

tipulaciones que agravan o atenúan la responsabilidad y las que sujetan los derechos a plazos o condiciones.<sup>27</sup>

Siendo, así las cosas, en todos los casos se impone como condición una cláusula escrita que así lo disponga, y que se expresa en que cualquier disputa que surja con motivo del negocio jurídico donde se incorpore, debe ser resuelto por árbitros y de ahí que se considere que dicho pacto:

[...] tiene el objeto de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria cualquier conflicto que pueda surgir en el futuro derivado de ese contrato específico y que, de acuerdo con el convenio de las partes, ser dirimido por un tribunal de arbitramento y no por un juez.<sup>28</sup>

### *Composición del tribunal*

Partiendo de la base que el tribunal debe ser impar, en cuyo caso, conforme a la previsión contenida en el art. 10, son las partes las que fijarán el número de árbitros, pero si no dicen nada al respecto, será de tres, estando sujetos al régimen de impedimentos y recusaciones, conforme a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de dicha Ley Modelo.

Este direccionamiento es acogido por el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional que dispone en el art. 7 que: “Las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único”, siendo diferencial únicamente la cuantía de la pretensión, la que por estar por debajo de 400 smlmv, impone como necesaria la presencia de un solo árbitro y en todos los casos, se sujeta dicho nombramiento de igual manera al régimen de impedimentos y recusaciones conforme a las previsiones que para el efecto señale el ordenamiento procesal, como bien lo dispone el art. 16 del referido Estatuto.

27 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, (Bogotá: Temis, 1994), 36.

28 Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil, Teoría general del proceso*, (t. I., 4.ª ed., Bogotá: Temis, 1993), 139.

### *La duración del proceso*

Es esta sin lugar a dudas una de las apuestas más interesantes del proceso arbitral, pues en efecto lo que con él se busca es romper de una vez por todas el paradigma que suele caracterizar los procesos que cursan ante la jurisdicción ordinaria en los que la demora es una de sus principales particularidades, generando en los litigantes una verdadera incertidumbre, por lo que muy a pesar de no encontrarse una norma expresa en este tópico, el art. 19 de la Ley Modelo reconoce a las partes la libertad para convenir el procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones, con sujeción a algunas disposiciones imperativas al respecto, y faculta al tribunal arbitral, a falta de acuerdo entre las partes, a dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Dicha facultad conferida al tribunal arbitral incluye atribuciones para determinar, entre otros aspectos, la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas y, como es de esperarse, lo concerniente a la duración de la actuación procesal, pues de no abordarse ese asunto, no tendría razón de ser el proceso.

Pues bien, la autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento reviste especial importancia en los casos internacionales, pues permite a estas seleccionar o adaptar las normas según sus deseos y necesidades concretas, sin verse obstaculizadas por los conceptos tradicionales, y posiblemente contradictorios, del derecho interno aplicable para el caso materia de estudio.

Esa amplia facultad discrecional del tribunal arbitral es igualmente importante pues permite que este despliegue las actuaciones atendiendo para el efecto, las características especiales de cada caso, sin las limitaciones impuestas por la legislación interna que suele aplicarse y en ese mismo sentido proporciona la base para dar muestras de iniciativa a fin de solucionar toda cuestión procesal que no esté prevista ni en el acuerdo de arbitraje ni mucho menos en la Ley Modelo.

Siguiendo esa misma línea, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano consagra en el art. 10 respecto al término de duración del proceso, que será de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, plazo durante el cual debe proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda

seis meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

Pese a lo anterior, el art. 11 consagra la posibilidad de una suspensión de ese término, por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en dicha ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto. Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo. Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda 120 días. Por último, se señala que no habrá suspensión por prejudicialidad.

### *La actuación por audiencias*

Dado que el modelo por audiencias es el que ofrece mayor celeridad procesal, habida cuenta de que permite la efectividad de los principios rectores de la concentración, la inmediación, la contradicción, la oralidad y la legalidad, la Ley Modelo en el art. 24 dispone respecto a las audiencias y actuaciones por escrito, lo siguiente:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.
2. Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.
3. De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

Asimismo, deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Pues bien, a partir de la consagración en el art. 1º de los principios y reglas que han de regir la actuación procesal —entre los que se cuentan los de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, bajo esa principalística—, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional desarrolla en los artículos 24, 30 y 31 un modelo procesal por audiencias que le brinda a la actuación la celeridad que se espera en cada una de las fases o etapas que integran dicho proceso, tema del que nos ocuparemos en el capítulo siguiente de esta obra.

En este último aspecto, debemos afirmar que las tendencias que se han planteado respecto a la incidencia que tienen los *modelos por audiencias permeados por oralidad*, responden a su vez a la “tercera ola de justicia”, aludida en la mencionada sentencia C-1195 de 2001, en relación con la justicia formal, y que busca la adopción de procedimientos céleres, que en Colombia se reflejaron en las reformas emprendidas en el ámbito procedimental para incorporar a la oralidad como principio rector de la actuación<sup>29</sup>, como en efecto se explicará en el capítulo aludido.

### *La naturaleza de la decisión*

Como se ha señalado, la decisión que le pone término a la actuación arbitral es el laudo y respecto del cual el art. 31 de la Ley Modelo, dispone lo siguiente:

#### Forma y contenido del laudo

1. El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros.

En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
3. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

29 Ramón Antonio Peláez Hernández, *La oralidad en el sistema jurídico colombiano*, (2.ª ed., Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013), 22.

4. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Asimismo, se dispone en el art. 33 la posibilidad de la corrección dentro del laudo, de los treinta días siguientes a la recepción del mismo.

La Ley 1563 de 2012 en el art. 1 define el laudo como la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje y, en ese sentido, el art. 38 precisa ciertas formalidades que debe contener y que se asimilan a las exigibles de la sentencia judicial conforme al art. 280 del Código General del Proceso, a lo que suma por ejemplo, que la decisión se adoptará por mayoría de votos y será firmada por todos los árbitros, incluso por quien hubiere salvado el voto, precisándose que la falta de firma de alguno de los árbitros no afecta la validez del laudo.

A su vez, se dispone que el mismo día en que se profiera el laudo, el árbitro disidente podrá expresar por escrito los motivos de su discrepancia. Lo anterior también se aplica a quien pretenda aclarar el voto.

Por último, el art. 39 consagra la posibilidad de la aclaración, corrección y adición del laudo, dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de oficio; asimismo, podrá hacerse a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término.

### *La procedencia de recursos contra el laudo arbitral*

Si se parte de la base que el Tribunal de Arbitraje no está sujeto a un régimen de jerarquización, resulta a todas luces comprensible que no sea procedente la interposición de ninguna clase de recursos ordinarios, no obstante que, el art. 34 de la Ley Modelo consagra como recurso de carácter extraordinario la petición de nulidad como único recurso contra ese tipo de pronunciamientos, fijando para el efecto los siguientes direccionamientos:

1. Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
2. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:
  - a. la parte que interpone la petición pruebe:

- i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
  - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
  - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
  - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
- b. el tribunal compruebe:
- i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
  - ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.
3. La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral [...].

Pues bien, siguiendo esos claros parámetros, la Ley 1563 de 2012 prevé en el art. 41 las causales de anulación, y subsiguientemente desarrolla de manera pormenorizada el trámite que se debe cumplir, adscribiendo el conocimiento de dicho recurso extraordinario a la Sala Civil de Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente a la jurisdicción donde sesionó el tribunal de arbitraje o, tratándose de contratos estatales, a la Sección Tercera del Consejo de Estado, y que se hace también extensivo al recurso extraordinario de revisión, tema del que de igual manera, nos ocuparemos en el capítulo 8 de esta obra.

### *Las medidas cautelares*

El art. 17 de la Ley Modelo confiere la facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, fijando para el efecto las siguientes reglas:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:
  - a. mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
  - b. adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
  - c. proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
  - d. preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Para estos propósitos, desarrolla desde los artículos 17A, hasta el 17J una serie de medidas para su efectividad.

Con esos mismos direccionamientos, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, establece en el art. 32 que a petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o en la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes.

En este sentido, se dispone que el tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de

comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Por último, se incorpora la posibilidad del decreto de medidas cautelares innominadas, siempre que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

En este último propósito se dispone que, para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o el interés de las partes para actuar y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada. Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento; respondiendo en consecuencia este tratamiento a las previsiones que al unísono fueron incorporadas en el Código General del Proceso.

Pues bien, como se puede observar, existe identidad en los aspectos hasta aquí tratados, respecto a la forma en que se regula el proceso arbitral en la Ley Modelo y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional previsto en la Ley 1563 de 2012, y que permite reafirmar el efecto unificador que en ese específico ámbito se pretendió.

### **Conclusiones preliminares**

La marcada influencia de la globalización, especialmente en el ámbito comercial, ha hecho que al incentivar las relaciones económicas transfronterizas se haga evidente la necesidad de propender por una unificación y una regulación de esas relaciones, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

El proceso arbitral responde a esa exigencia unificadora, puesto que a partir de una Ley Modelo se buscó definir unos parámetros comunes que han de permitir la fijación de las reglas que deberán ser tenidas en cuenta para propiciar



una solución al conflicto de manera alterna a los modelos de justicia tradicional, que no cuentan con la capacidad de respuesta que espera aquel tipo de relaciones comerciales y que como en el caso colombiano fueron recogidos tales direccionamientos en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, contenido en la Ley 1563 de 2012.

Por último, el ejercicio que despliegan los árbitros dentro del marco propio de las competencias que le fija tanto la Ley Modelo como el Estatuto Arbitral Nacional e Internacional es de naturaleza jurisdiccional, pues es la expresión del ejercicio de ese tipo de función que por mandato constitucional se les atribuye a los particulares que por virtud de un pacto arbitral quedan legitimados de manera temporal, para administrar justicia.



# ARBITRAMENTO Y DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA. ASPECTOS PROCESALES

Ramón Antonio Peláez Hernández

## Introducción

El proceso arbitral supone el reconocimiento que desde la misma Constitución se hace a unos mecanismos alternativos de resolución de conflictos que resultan coherentes con los cometidos del Estado, están orientados a brindar una verdadera convivencia pacífica, y de ahí que sea esta, hoy por hoy, tanto en el marco de la contratación privada como en la pública, el mecanismo idóneo por excelencia que busca hacer efectiva una forma de ponerle término al conflicto suscitado en relación con las aspiraciones que en el escenario propio de la adquisición de productos y servicios buscan satisfacer las necesidades de las personas.

Así las cosas, en el presente capítulo se explicará la naturaleza jurídica del proceso arbitral, analizado desde la órbita del derecho constitucional, para comprender su relación con el derecho fundamental de acceso a la justicia, y su incidencia desde la perspectiva procesal, a partir de una dinámica que ha propiciado su inserción en la esfera contractual para fijar los efectos que ha de tener en esa nueva realidad negocial y en ese orden de ideas, comprender las posturas que en el ámbito jurisprudencial han buscado definir el sentido y el alcance de dicha

institución en el Estado social de derecho, y en cuyo escenario se ha incentivado su uso por la celeridad que caracteriza su desarrollo.

Para este cometido hemos de partir del interrogante ¿cuál es el contenido del arbitramento visto desde la esfera del derecho de acceso a la justicia? y para afirmar, como desde ya se hace, que es una herramienta procesal de naturaleza jurisdiccional que propicia de manera efectiva la resolución del conflicto de forma expedita, enmarcado en el ejercicio de la función jurisdiccional pública, expresada en una forma de administrar justicia que el propio Estado le asigna a los particulares, y cuya estructura procesal responde a los claros direccionamientos que desde el ámbito internacional se han trazado las estrategias previstas para la unificación de procedimientos de resolución de los conflictos, como quedó explicado en el capítulo anterior.

Para sustentar la hipótesis en cuestión, se utilizaron los métodos generales de análisis, síntesis, inducción y deducción y el método específico del diseño bibliográfico o documental, lo que conducirá a una aproximación descriptiva del arbitramento y su tratamiento que, en la órbita constitucional y procesal, se le ha dado en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

En la primera parte procederemos desde la esfera propia del derecho constitucional, con el fin de determinar la naturaleza jurídica del arbitramento y la relación que tiene con el derecho fundamental de acceso a la justicia. Luego, en una segunda parte, verificaremos esta institución en el ámbito sustancial desde la teoría del negocio jurídico para comprender los criterios que rigen su instrumentación y, con base en ello, en una tercera parte determinar los rasgos característicos y las incidencias procesales a las que conduce la presencia de un pacto arbitral para hacer efectivo el derecho, o que nos permitirá a la postre concluir que, debidamente instrumentado, en cualquier tipo de contratación, dicho pacto termina siendo una medida propicia para dinamizar de manera efectiva las relaciones jurídico-sustanciales habida cuenta que da paso al proceso arbitral que como mecanismo de resolución de disputas brinda celeridad, contribuyendo con ello a una efectiva tutela judicial.

Dicho análisis nos permitirá hacer evidente que la percepción que se tenía, en el sentido de considerar que el pacto arbitral era expresión del principio de la voluntariedad, cambió, pues en el nuevo contexto constitucional, además de circunscribirlo a ese principio, trasciende al ejercicio de la función

jurisdiccional de administrar justicia y de ahí su intrínseca relación con el derecho fundamental de acceso a la justicia que tiene dicho instituto.

## El arbitramento desde la perspectiva constitucional

### *En el contexto de la Constitución de 1886*

En vigencia de la decimonónica Constitución, se tenía previsto este mecanismo procesal y su fundamento. No obstante, en ese plexo normativo era explicado de manera indiferente desde dos perspectivas: en el contenido del que fuera el art. 58 que preveía la posibilidad de crear otros tribunales, dándole por tanto a ese instituto dicho alcance, y por otra, de considerarlo como desarrollo del principio de la autonomía<sup>1</sup>, y de ahí que se haya precisado en el pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 1969, como guardiana que fue de la Constitución de 1886, que fue:

[...] importante por diferentes razones. La primera es que el alto tribunal fue muy claro en determinar que resulta indiferente, desde el punto de vista constitucional, que el arbitraje se entienda desde una perspectiva jurisdiccional o como una figura contractual. En el primer caso, dijo la Corte, la Constitución establece que la justicia se administrará, entre otras, por los tribunales que señale la ley, entre los cuales se encuentran los tribunales arbitrales. En el segundo evento, es decir, si el arbitraje se entiende desde el punto de vista contractual, la figura estaría amparada por el principio de la autonomía de la voluntad [...].<sup>2</sup>

1 En efecto, en la Sentencia C-294 del 26 de julio de 1995 con ponencia de Jorge Arango Mejía, la Corte Constitucional señaló entre otras cosas, que: “[...] La Constitución anterior no preveía expresamente la existencia de los tribunales de arbitramento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, al decidir demandas de inexequibilidad contra normas que regulaban el arbitramento, las declaró exequibles. En la sentencia de mayo 29 de 1969, por ejemplo, estimó que, si el arbitramento es de carácter privado, no puede considerársele inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución.

Por el contrario, agregaba la Corte Suprema, si se piensa que el arbitramento tiene carácter jurisdiccional y que, por lo mismo, los árbitros son verdaderos jueces, también la institución sería exequible, porque el artículo 58 de la Constitución determinaba que ‘La Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia’. Para la Corte Suprema, los tribunales de *arbitramento* eran de los ‘demás tribunales y juzgados que establezca la ley’ y por ello *administraban justicia*. [...]”.

2 Alberto Zuleta, “La protección constitucional del arbitraje”, (En Fernando Mantilla Serrano, comp., *Arbitraje internacional, tensiones actuales*. Bogotá: Temis, 2007), 70.

Esta postura respondía a las tendencias doctrinales que buscaban explicar el proceso arbitral desde la órbita propia del derecho privado, al concebirlo como un acuerdo entre las partes y no obstante que, desde la perspectiva funcionalista, se fundamentaba como un tribunal creado por la ley, en cuyo caso, de cualquier forma, se buscaba justificar su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

### *En el contexto de la Constitución de 1991*

Sin lugar a dudas, en este ámbito constitucional, el arbitramento adquiere una nueva dimensión a tal punto que se configura como un modelo de justicia informal, como expresión de que a la par de la justicia formal es perfectamente viable encontrar en el Estado social de derecho otra serie de mecanismos que tienen la potencialidad de producir los mismos efectos de esta.

En este mismo sentido, constituye la materialización de la función pública que como ejercicio de la jurisdicción se le atribuye a las autoridades enunciadas en el art. 116 de la Constitución Política, para significar que con la referida reforma constitucional de 1991 el arbitramento se considera como una función pública atribuida a los particulares para administrar justicia, en el contexto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y que en el del Estado social de derecho, buscan garantizar el derecho de acceso a la justicia en la medida en que contribuyen a la desjudicialización de este, pues trasladan su solución a un escenario diferente del proceso judicial.

Esta medida conlleva correlativamente a la descongestión judicial; todo ello con fundamento en el referido art. 116 de la Constitución Política, que consagra la posibilidad de investir a los particulares en calidad de árbitros o conciliadores entre otras calidades, para cumplir una función jurisdiccional y cuyo desarrollo se haya contenido en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, bajo el principio de la alternatividad.

Lo anterior explica que el arbitramento, al concebirse como una modalidad alternativa de resolver conflictos, se engloba como un conjunto de procedimientos de naturaleza jurisdiccional que permiten resolver un litigio sin recurrir a la fuerza o sin la intervención del juez, siendo los mismos una forma de solución de las disputas por vías diferentes a la justicia institucional, tradicional u ordinaria, y que con el concepto de *justicia comunitaria* buscan, dentro del escenario propio

de la organización social, que sean sus integrantes los llamados a promover la solución pacífica de sus diferencias, y que se materializan a través de la conciliación, la mediación, la transacción, el arbitramento y la amigable composición. Los tres primeros de naturaleza autocompositiva y los dos últimos de orden heterocompositivo, muy a pesar de que, tratándose de la amigable composición, la Corte Constitucional le haya dado el carácter de modelo autocompositivo, como lo enmarcó la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001.

En ese propósito, lo que a la postre buscan estos mecanismos es la desjudicialización del conflicto como expresión de las denominadas “olas de justicia”, a las que aludió la Corte Constitucional en la sentencia referida, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, cuando analizó la constitucionalidad de algunas disposiciones que imponían la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para aludir a ciertas estrategias orientadas a mejorar el acceso a la justicia, en el sistema jurídico colombiano, y que se han instrumentado de manera gradual a tal punto que podemos afirmar que hoy en día son una realidad, y a las que aludimos en el capítulo anterior; instrumentadas en la actualidad, como en efecto acontece con la defensoría pública y el amparo de pobreza para la provisión de servicios jurídicos gratuitos, que se ubican en la primera ola. Las acciones populares y de grupo contenidas en la Ley 472 de 1998 se ubican en la segunda ola. Y, de manera más reciente, en relación con la tercera ola, tenemos un decálogo normativo muy prolífero en materia de justicia informal como lo fueron, la Ley 23 de 1998, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998, la Ley 640 de 2001 y la Ley 1563 de 2012, en tanto que en el contexto de la justicia formal se adoptaron procedimientos expeditos por virtud de la incorporación de la oralidad como principio rector de la actuación, como en efecto se encuentra previsto en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002; también previsto en el Proyecto de Código General Disciplinario, pendiente de sanción presidencial; en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004; en el Régimen Procesal del Trabajo, Ley 1149 de 2007; en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, previsto en la ley 1437 de 2011; en la Ley 1474 de 2012, en el

proceso de responsabilidad fiscal; y, más recientemente, en la Ley 1564 de 2012 denominada del Código General del Proceso.<sup>3</sup>

Resulta categórico afirmar que la naturaleza jurídica de esta institución se ubica en el ámbito jurisdiccional, pues se traduce en el ejercicio de una función pública de carácter transitorio que, desplegada por árbitros, se expresa en administrar justicia a través del proferimiento de un laudo que resulta vinculante para los intervinientes en el proceso arbitral.

Al ubicarse el arbitramento en la tercera ola de justicia, juega un papel importante en la concepción que se tiene del Estado social de derecho, cuyo elemento axiológico principal es el respeto de la dignidad humana conforme a lo previsto en el art. 1 y, que junto con el de solidaridad conforme a las previsiones contenidas en el art. 95, numeral 7 de la Constitución Política, impone a los colombianos el deber de colaboración con la administración de justicia; y el 229 que consagra el derecho fundamental de acceso a esta, expresado en obtener una tutela judicial efectiva, por lo que los instrumentos desarrollados normativamente en nuestro sistema jurídico, bajo la denominación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en los que se encuentra el proceso arbitral, constituyen la más clara expresión del propósito de lograr la convivencia pacífica entre los coasociados, conforme al claro direccionamiento trazado por el art. 2 de la norma constitucional.

Lo anterior, por cuanto que en la medida en que los conflictantes encuentran por parte del sistema una respuesta efectiva e inmediata de cara al conflicto entre ellos suscitado, cuando por virtud de la habilitación proveniente de un pacto arbitral se le confiere a los particulares la calidad de árbitros, para el despliegue de dicha función pública<sup>4</sup>, termina por antonomasia siendo más oportuna que los

3 Ramón Antonio Peláez Hernández, *La oralidad en el sistema jurídico colombiano*, (2.ª ed. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013), 22.

4 Al respecto, se dijo en la Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, que: “[...] De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como, por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización.

Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación.

1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros.



modelos de justicia ordinaria, pues en su contenido, son las partes las que suelen fijar el término de duración del proceso, medida que resulta atractiva para la resolución de las controversias y que responde a su vez a la unificación que desde el ámbito internacional se ha propiciado instrumentar para dinamizar de mejor manera las relaciones jurídicas.

Pese a lo anterior, esa facultad discrecional que tienen los conflictantes para someter las controversias a la esfera propia del arbitramento, tiene unos límites, cuando del ejercicio del poder de ejecución se trata, pues de no ser así, se desbordaría el marco de acción en el que debe ceñir su actividad el tribunal de arbitramento.<sup>5</sup>

---

2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.

3. En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto.

4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral.

5. Corresponde a la ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral.

6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.

Los anteriores lineamientos constituyen los presupuestos requeridos para asegurar el funcionamiento de dicha institución, correspondiendo al legislador la función de establecer el marco general de dicha regulación (CP, arts. 116 y 150-23), a fin de determinar las reglas que regirán el ejercicio de esa competencia, lo cual comprende, entre otros aspectos, determinar el responsable de efectuarla, el procedimiento a seguir, las materias sujetas a su conocimiento, las reglas que lo regirán, la forma y efecto de las decisiones allí adoptadas y el control de las mismas. [...]”.

5 Dijo la Corte Constitucional en la Sentencia T-057 del 20 de febrero de 1995 con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, que: “Según el artículo 116 de la CP, la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de varias maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. *En primer término, la conciliación y el arbitraje solo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite*, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, *la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo*. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP, art. 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.

No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. *Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas*. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre estas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia

Así las cosas, es la naturaleza del derecho controvertido el que determina la procedencia para someter a un proceso arbitral su solución, y en ese propósito la misma Corte Constitucional, además de definir qué se entiende por arbitramento, precisó en reafirmar algunas de sus más importantes características.<sup>6</sup>

Lo anterior nos permite afirmar que el proceso arbitral es la más clara expresión de la estrategia que busca propiciar la efectividad del derecho de acceso a la justicia y la correlativa descongestión judicial en el contexto constitucional aludido, para lograr que las controversias que se susciten con motivo de un negocio jurídico puedan ser resueltas por un tribunal de arbitramento, atendiendo para el efecto las previsiones contenidas en el pacto arbitral dispuesto para ello, o por vía subsidiaria, lo que al respecto señale la ley y cuyo fundamento constitucional se soporta en el ejercicio de la función pública de administrar justicia, que se desprende de la facultad que tienen quienes forman parte de un negocio jurídico en designar de forma temporal a unos particulares para que asuman la función jurisdiccional que se les atribuye en ese específico ámbito, a través de un pronunciamiento denominado “de laudo arbitral” que produce los mismos efectos jurídicos que tiene una sentencia judicial.

---

el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores.

Las normas legales que regulan el arbitramento deben ser interpretadas a la luz de la Constitución. Contrariamente, la coadyuvante intenta explicar el alcance del artículo 116, inciso final, de la Constitución Política, a partir de la consideración que le merecen las normas legales que gobiernan la materia.

En este sentido, las restricciones legales a la institución arbitral, apuntan a justificar la imposibilidad de que ella pueda convertirse en foro sustituto de la jurisdicción ordinaria”. (Lo resaltado fuera de texto).

6 En efecto, en la Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, con ponencia de Eduardo Montealegre Lynett, dijo la Corte Constitucional a propósito de la definición que de arbitramento se dio en la Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, citada inicialmente; que: “[...] La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento ‘es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte’. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento ‘un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes’. Además, (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo ‘problema jurídico puede ser objeto de un laudo’, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas’. Finalmente, (v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso [...]”.

Como se puede apreciar, el modelo tradicional de resolución de conflictos por vía del proceso judicial, que caracterizó la concepción clásica que de este se tuvo, en los actuales momentos se atempera. En consecuencia, se afirma que se cierne un nuevo paradigma de justicia para el siglo XXI, dado que:

[...] Parece que, al menos estructuralmente, se encuentran superados los principios básicos del proceso por el que se luchó desde el siglo XVIII: el proceso debido y todos los derechos y principios asociados son asumidos por las Constituciones y los sistemas de justicia de los países desarrollados [...].<sup>7</sup>

Dado que uno de los obstáculos a los que se han visto enfrentados los ciudadanos es a la tardanza de la justicia, la insatisfacción y la justicia informal han adquirido una importancia superlativa. En consecuencia, este paradigma busca propiciar medidas que le brinden a los ciudadanos una verdadera eficacia en la demanda de justicia que esperan.

Por ello, se ha afirmado que ese nuevo paradigma de justicia:

[...] trae su origen en la famosa llamada conferencia Pound «1976 National Conference on the Causes Of popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», en la que el profesor Sander ofreció la idea de que se ha de posibilitar la forma de resolución más adecuada al conflicto, surgiendo el concepto del tribunal multipuertas, «multidoor courhooouse», en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como jurisdicción, *mediación*, *arbitraje*, evaluación de experto, etc. [...].<sup>8</sup> (lo resaltado fuera de texto).

## El pacto arbitral como presupuesto del arbitramento

En la teoría del negocio jurídico<sup>9</sup> se han definido algunos elementos o cosas del contrato que permiten precisar el tipo de negocio jurídico de que se trata y algunas otras particularidades de los que cada uno de ellos ostenta, ello como desarrollo de las previsiones contenidas en el art. 1501 del Código Civil colombiano, del que hicimos alusión en el capítulo anterior, por lo que se ha afirmado que:

7 Helena Soletto, (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, (2.ª ed., Madrid: Tecnos, 2013), 33.

8 Ibid, 33.

9 "Artículo 1495. Definición de contrato o convención. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

[...] Los actos jurídicos, lo mismo que todos los entes, tienen sus elementos o factores orgánicos o elementos de integración con concurrir, los estructuran y les dan nacimiento. Estas son llamadas cosas de esencia en los contratos. Si falta uno de esos elementos o factores, la operación jurídica querida por las partes, o no nace en absoluto o degenera en otra. [...].

Son de la naturaleza del contrato las cosas inherentes a él y que, por ley, y sin que las partes especialmente las acuerden, se entienden incluidas en la convención. Como estas cosas son la mera naturaleza y no de la esencia, los contratantes pueden suprimirlas o modificarlas sin que por eso el ente desvirtúe o se deforme. La obligación de sanear que incumbe al vendedor por evicción o vicios redhibitorios, es un ejemplo de esta clase de cosas.

Las partes al contratar pueden colgarle o agregarle al contrato cuestiones accesorias que no son ni de la esencia ni de la naturaleza. En la misma convención de compraventa de un bien raíz se pacta que éste quede gravado con servidumbre de tránsito a favor de un predio del vendedor; se estipula para el vendedor el derecho de retraer el bien (pacto de retroventa); estos son elementos accidentales del contrato.<sup>10</sup>

Es dentro del elemento accidental donde el pacto arbitral adquiere importancia, habida cuenta que son las partes las que deciden su inserción en el contrato, precisamente como forma de definir el mecanismo al que se debe acudir para brindar solución a las disputas de tal forma que son ellas las que disponen sustraer de la jurisdicción, estableciendo que le correspondería el conocimiento de aquella controversia, y por tanto la fuente de dicho pacto arbitral. En otras palabras, es el principio de la voluntariedad, pues son las partes las que a la postre adoptan esa medida por virtud de la facultad discrecional que les confiere la ley para escoger concertadamente cuál ha de ser el juez natural de ese contrato.<sup>11</sup>

El art. 3 de la Ley 1563 de 2012, al definir el pacto arbitral, le da el carácter de negocio jurídico, dado que supone ante todo un acuerdo de voluntades que una

---

10 Eudoro González Gómez, *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*, (Medellín: Universidad de Antioquia. Colección pequeño foro, 1981), 15 y 16.

11 Recordemos que a través de la Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995 con ponencia de Jorge Arango Mejía se señaló, entre otras cosas, que: “[...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

A la luz de esta norma, todas las elucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, *‘en los términos que determine la ley’*.

vez plasmado en una cláusula comprende de manera específica la forma en que debe resolverse el conflicto suscitado con motivo del incumplimiento del contrato, postura que se reafirma precisamente porque más adelante en la referida norma se precisa en señalar las modalidades tradicionales de pacto arbitral; es decir, la cláusula compromisoria y el compromiso que circunscriben por un lado la que forma parte del negocio jurídico materia de la controversia y por tanto se inserta de esa manera como integradora del contrato (cláusula compromisoria) y en el otro lado, donde en efecto se configura un verdadero negocio jurídico orientado a sustraer del conocimiento de la jurisdicción tradicional el asunto, cuando este ya está en trámite, o para precaver que los conflictos que se susciten posteriormente con ocasión de un contrato, lleguen a la referida jurisdicción (compromiso).

Por lo tanto, es del pacto arbitral del que los árbitros derivan sus poderes por virtud del acuerdo consensuado de las partes involucradas en la controversia, convirtiéndolos en los jueces naturales de esta, aflorando de su contenido el carácter alternativo que ostenta, y cuya fuente es precisamente el acuerdo de voluntades.<sup>12</sup>

Todo ello para significar que en el ámbito propio del derecho sustancial dicho pacto se enmarca en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes porque son estas las que disponen de manera expresa que frente a una eventual disputa con motivo del negocio jurídico, el trámite sea ante un tribunal de arbitramento (cláusula compromisoria) o, que muy a pesar de haber surgido esta cláusula, se sustraiga del conocimiento de la jurisdicción ordinaria (compromiso).

---

En principio, solamente puede señalarse una diferencia fundamental entre la justicia que administran los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República a la cual se refiere el inciso primero del mismo artículo 116. Tal diferencia es esta:

Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser *'habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad'*. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es *la voluntad de las partes* en conflicto, potencial o actual, la que *habilita* a los árbitros para actuar.

Y se dice que esta es la diferencia fundamental, porque si los árbitros administran justicia *'en los términos que determine la ley'*, también los jueces de la República administran justicia de conformidad con la ley procesal que determina la competencia y, en general, las formas propias de cada juicio [...].

12 Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, (Bogotá: Temis, 2016), 449.

No debemos olvidar que, en efecto, el contrato constituye una fuente de las obligaciones<sup>13</sup>, y, por tanto, cuando de hacerlas efectivas se trate, son las mismas partes las que por virtud de esa autonomía voluntaria las que pueden disponer cuál ha de ser el mecanismo procesal más expedito para propiciar una solución efectiva a la disputa surgida con motivo de la interpretación o cumplimiento del contrato, por lo que si de dimensionar el propósito del pacto arbitral se trata, la conclusión más adecuada es precisamente la de que su incorporación responde al interés que les asiste a las partes de obtener una decisión lo más oportuna posible por cuenta del que a juicio de ellas consideran el juez natural del contrato, constituyéndose dicho pacto en unas cláusulas de atribución de jurisdicción, habida cuenta que:

[...] tiene el objeto de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria cualquier conflicto que pueda surgir en el futuro derivado de ese contrato específico y que, de acuerdo con el convenio de las partes, ser dirimido por un tribunal de arbitramento y no por un juez.<sup>14</sup>

De ahí que:

[...] Cuando las dos partes convienen que el proceso ventilado por el funcionario jurisdiccional continúe tramitándose y sea decidido por un tribunal de arbitramento, el cual queda investido de jurisdicción para ese preciso efecto.<sup>15</sup>

Por ser de carácter accidental, el pacto arbitral requiere un consenso expreso, lo cual supone que de no incorporarse, el interés de las partes se orienta a que sea la jurisdicción ordinaria, o el contencioso administrativo, según fuere la clase de contrato, la llamada a conocer del proceso.

.....  
13 "Artículo 1494. Fuente de las obligaciones. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones [...]".

14 Antonio Bohórquez, *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Generalidades contractuales*, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2013), 108.

15 Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, (t. I., 4.ª ed., Bogotá: Temis, 1993), 139.

## El arbitramento en el contexto procesal

### *El proceso arbitral. Definición*

Como quedó precisado hasta este momento, el arbitramento ha sido considerado como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que se funda en la libre disposición o voluntariedad de quienes forman parte del negocio jurídico respecto del cual la ley autoriza su procedencia.

La Ley 1563 de 2012, además de definir en qué consiste el arbitramento en la forma señalada inicialmente, ha precisado a su vez unas reglas que han de regir la actividad procesal que en el desarrollo del proceso arbitral se debe cumplir y que responden sin lugar a dudas a la aspiración que este tipo de medidas buscan producir en el debate procesal, orientada en el propósito de obtener una oportuna solución a la controversia.

Lo anterior permite definir el arbitramento como:

[...] un procedimiento por medio del cual se ofrece a las partes involucradas en un desacuerdo contractual, la posibilidad de resolverlo de manera pronta y eficaz, mediante la decisión que para el efecto sea adoptada por un tercero ajeno al conflicto denominado árbitro o tribunal de arbitramento, según su composición numérica, quienes pueden ser designados directamente por las partes, o por el ente legalmente constituido para el efecto, y proferir una decisión de fondo denominada laudo arbitral, que tiene la misma fuerza vinculante para las partes que una sentencia de carácter judicial.

La iniciativa para someter los conflictos a consideración de un tercero, como atrás se anotó, corresponde a las partes involucradas en el desacuerdo presentado por virtud del principio de la voluntariedad. Esta decisión, debe constar por escrito, y se denomina cláusula compromisoria o compromiso según el caso, cláusulas dentro de las cuales los contratantes expresamente señalan, su deseo de que en caso de que se presente algún tipo de controversia en el desarrollo mismo del contrato o futuras diferencias, respectivamente, estas sean sometidas al trámite señalado para el procedimiento arbitral.<sup>16</sup>

16 Ramón Antonio Peláez Hernández, *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del derecho de acceso a la justicia*, (Bogotá: Doctrina y Ley, Universidad Autónoma de Colombia, 2017), 117-118.

Esta definición responde al carácter heterocompositivo que ostenta el proceso arbitral como una de las formas alternativas de resolver los conflictos en los que es precisamente la voluntad de los contratantes la que le imprime el carácter de juez natural del contrato, en cabeza del árbitro o tribunal de arbitramento, y cuyo despliegue debe estar permeado por unos principios que logren la materialización de lo que con este trámite se busca; que es precisamente la eficacia, en pocas palabras, obtener una solución en unos plazos razonables.

En este mismo sentido se ha dicho que es:

[...] un proceso en virtud del cual, personas plenamente capaces, sustraen de la justicia ordinaria el conocimiento de una controversia susceptible de transacción, para que sea decidida por particulares, investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia.<sup>17</sup>

### *Principios rectores en la actuación arbitral*

#### a) Imparcialidad

El arbitramento constituye un modelo de carácter heterocompositivo para la resolución de conflictos, por lo tanto en este tipo de sistemas es consustancial la imparcialidad que se espera por cuenta de quienes en calidad de árbitros concurren al proceso, precisamente porque quienes forman parte del contrato disponen por virtud del pacto arbitral, que sea el tribunal el llamado a adoptar la decisión y que al adquirir el carácter de juez natural del contrato debe garantizar que la decisión que deba adoptarse se haga con la imparcialidad que se espera del tribunal para dicho propósito y con ello desterrar cualquier intencionalidad de favorecer a una de las partes, en perjuicio de la otra.

En este sentido, es tal la importancia de este principio para rodear de transparencia la actuación procesal que la misma Corte Constitucional lo ha erigido como un elemento integrador del debido proceso<sup>18</sup>, precisamente porque debe brindarle a quienes acuden a cualquier tipo de actuación judicial o administrativa

17 Ramiro Bejarano, *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5.ª ed. Bogotá: Temis, 2011), 456.

18 En efecto, en la Sentencia C-450 del 16 de julio de 2015 con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt, se señaló que "el principio de imparcialidad de los jueces ha sido entendido como una de las garantías integrantes del debido proceso".



la certeza de que no habrá ningún tipo de preferencia para alguna de las partes que pueda romper el equilibrio con el que ambas deben ser tratadas; y, en este orden de ideas, la Ley 1563 de 2012 exige de los designados como árbitros que expresen si en oportunidad anterior a tal designación han tenido interés en el asunto materia del litigio.

#### b) Idoneidad

Se funda en las condiciones que se espera, deben reunir quienes fungen como árbitros, puesto que, cuando el arbitramento versa sobre controversias relacionadas con aspectos jurídicos o en otros eventos de carácter técnico, se requiere de estos los conocimientos necesarios que los legitime para poder adoptar las decisiones en el ámbito propio de sus competencias. Idoneidad que se pregona por el hecho de estar debidamente inscritos en el centro de arbitraje que realiza la designación, pues es ante estos centros donde debieron los referidos árbitros haber acreditado las condiciones que para cada específico les es exigible para tal vinculación, dentro de los que se cuenta para el caso de los abogados una experiencia no inferior a ocho años.

#### c) Celeridad

La principal característica que denota el proceso arbitral es el hecho de que el término de duración de la actuación procesal queda circunscrita a la que para el efecto dispongan las partes del pacto o, las que por falta de ese consenso fije la ley, por lo que las actuaciones que aquí se desplieguen deben brindar la celeridad necesaria para que se pueda proferir el laudo durante esos precisos términos, puesto que de no ser ello así, el proferimiento por ser extemporáneo constituiría una causal para ser impugnada en la forma prevista en la ley. Por lo tanto, es el tribunal de arbitramento el que en ejercicio de la autonomía de la que goza, el que establece el cronograma para el despliegue o desarrollo de las diversas etapas y actuaciones que permitan, en la práctica, que se cumpla con el cometido durante el plazo señalado para el efecto y en cuyo propósito el modelo por audiencias resulta el más apropiado.

## d) Igualdad

Este principio se soporta en la necesidad de brindar las mismas oportunidades a las partes en contienda para el despliegue de los actos que a cada uno le corresponda<sup>19</sup>, con el fin de evitar cualquier expresión orientada a beneficiar a uno de los extremos de la controversia, en perjuicio de la otra, igualdad que debe ser material para garantizar el cumplimiento efectivo de lo que se busca con el proceso, y que como expresión de la previsión contenida en el art. 13 de la Constitución, encuentra su desarrollo en el art. 4° de la Ley 1564 de 2012, lo que de contera permite hacer uso por cuenta de los árbitros, de todos los poderes que consideren necesarios para que dicha igualdad sea real.

## e) Oralidad

Considerado como principio, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional colombiana a propósito de la constitucionalidad del art. 1 del Proyecto de Ley de Reforma Estatutaria que modificaba el art. 4 de la Ley 270 de 1996,<sup>20</sup> para

19 En ese propósito se consagra como deber a los jueces en el artículo 42 numeral 2 del Código General del Proceso, en el sentido de: "Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga", y que resulta aplicable en el proceso arbitral.

20 En efecto, en la Sentencia C 713 del 15 de junio de 2008, MP Clara Inés Vargas Hernández, se dijo lo siguiente:

"2.- Otra innovación en el artículo modificado es la implantación de la oralidad como un mecanismo para el logro de una justicia pronta y eficaz. Dicha disposición consagra el principio general, consistente en que las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales, y excepcional otra forma para su trámite, siempre de conformidad con la ley.

Oralidad en las actuaciones judiciales que no contraviene la Constitución, pues con ella se pretende propiciar condiciones indispensables para imprimir celeridad al trámite de las actuaciones propias de los diferentes procesos, con miras a superar la congestión judicial que constituye uno de los más graves problemas de la administración de justicia, y garantizar con ello la protección y efectividad de los derechos de los asociados, en cuanto concierne a la convivencia social, al orden justo y más específicamente al acceso a la administración de justicia, consagrado como derecho fundamental en el artículo 229 Superior.

La implementación de la oralidad constituye un mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos, razones todas estas que avalan la constitucionalidad de la reforma en este aspecto puntual. Además, pone en evidencia la necesidad de adoptar nuevos estatutos legales para ajustar los actuales, que consagran procedimientos prevalentemente escritos, para señalar la forma como habrán de llevarse a cabo, en cada especialidad, las audiencias y demás diligencias dentro de un nuevo esquema, según se prevé en el segundo inciso del artículo primero.

3.- La Corte llama la atención en el sentido de que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio. En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre reglas y principios, para advertir que, si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno u otro caso. Así, mientras

incorporar la oralidad en los procesos, y traducido este en que el despliegue de la actuación procesal se haga a través del lenguaje hablado, puesto que esta forma de comunicación facilita de mejor manera el desarrollo del proceso, en la medida en que:

[...] un proceso basado en oralidad, según el maestro Chiovenda proporcionará mayor rapidez, mayor facilidad de entenderse, la selección de la defensa hablada respecto de las razones o argumentos, hace sentir la eficacia de las buenas y la inutilidad de las malas, la impresión de sinceridad que escucha y de todas las intenciones de la persona [...].<sup>21</sup>

En ese sentido, el propósito de la inserción de la oralidad es:

[garantizar] la materialización de ciertos actos procesales, incluida, por supuesto, la práctica de la prueba mediante el uso del lenguaje verbal. Esta ha sido objeto de una paulatina incorporación de las diversas estructuras procesales que regula el ordenamiento jurídico colombiano [...].<sup>22</sup>

Pues bien, de ese principio no es ajena la actuación arbitral, pues es sin lugar a dudas en estos escenarios procesales donde el uso de las tecnologías de la información han sido la constante para facilitar de mejor manera el desarrollo del proceso, pues sin este tipo de logística difícilmente se podría hacer realidad esa aspiración, dado que “[...] de no existir la infraestructura tecnológica necesaria que garantice la fidedigna reproducción de los actos que de forma oral se escenificarán en el desarrollo del proceso, de nada sirve una normativa que consagre ese principio rector [...]”<sup>23</sup>, y por eso no es extraño encontrar que el art. 23 de la Ley 1563 de 2012 haya dispuesto el uso de medios electrónicos en todas las actuaciones y, en particular, generar las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, incluido, por supuesto, lo concerniente a la notificación de las

---

las reglas son normas que ‘ordenan una consecuencia jurídica definitiva’, los principios son mandatos de optimización ‘que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas’.”

21 Ramón Antonio Peláez Hernández, *La oralidad en el sistema jurídico colombiano*, (2.ª ed. (Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013), 29; citando para el efecto la obra del maestro Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, traducción española de la tercera edición italiana, (Madrid: REUS, 1925), 24.

22 Ramón Antonio Peláez Hernández, *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección Tesis Doctorales, 2017), 114.

23 Peláez, “La Oralidad”, 270.

providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.

Es así como se dispone que la notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en el cual se tendrá por efectuada el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario.

En ese mismo sentido, se permite que los árbitros, las partes y los demás intervinientes puedan participar en las audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, bajo la dirección del tribunal arbitral. Por último, se consagra que la formación y guarda del expediente pueda llevarse íntegramente a través de medios electrónicos o magnéticos, aproximando este tipo de actuaciones al denominado “Plan de Justicia Digital” que prevé el art. 103 del Código General del Proceso.

#### f) Publicidad

Expresada en la necesidad de que todo lo que acontezca en la actuación procesal sea conocida por los intervinientes, para lo cual el modelo que por audiencias brinda el trámite procesal previsto en el arbitramento, constituye el medio más idóneo para hacer efectivo este principio.

#### g) Contradicción

Como presupuesto insoslayable del debido proceso busca garantizar que las partes puedan expresar sus posicionamientos en torno a los diversos actos que se desplieguen en el proceso, ora por la interposición de recursos o a través de la posibilidad de intervenir en las audiencias que en el curso del proceso se surtan.

#### *Clases de arbitraje*

Analizado el contenido del art. 2 de la Ley 1563 de 2012, podemos establecer la siguiente clasificación:

### Según quien lo conduce

Evento en el cual el arbitraje será *ad hoc*, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje.

Ahora bien, a falta de consenso respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la Ley 1563 de 2012 para el arbitraje institucional.

### Según la cuantía

Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes y de menor cuantía, los que se encuentren por debajo de ese rango.

### Según la naturaleza del pronunciamiento

Evento en el cual el laudo puede ser *técnico* cuando la controversia impone una condición particular de este orden; en *equidad* cuando el laudo no exige una condición especial a los árbitros; y, en *derecho*, cuando por la naturaleza de dicha controversia se hace necesaria una declaración en el contexto del derecho controvertido. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

### Los árbitros

El árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.

En el caso de los arbitrajes en derecho, quienes funjan como árbitros deberán cumplir como mínimo los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, como se señaló anteriormente, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral.

Respecto a su designación, se tiene que las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.

Para ese propósito, ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas.

En lo referente a los secretarios, se dispone que son los árbitros quienes los designarán. Deben ser abogados y no podrán ser cónyuges o compañeros permanentes, ni tener relación contractual, de subordinación o dependencia, de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad, con ninguno de los árbitros. El secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral.

Resulta importante mencionar que algunos segmentos de los artículos 8 y 9 de la referida Ley 1563 de 2012 se demandaron por supuesta vulneración de los artículos 13, 25 y 26 de la Constitución, y fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-305 de 2013.<sup>24</sup>

---

24 En efecto, la Corte Constitucional, Sentencia C-305 del 22 de mayo de 2013, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó, respecto a dicha disposición, que la fuente constitucional del arbitramento está en el artículo 116 superior, relativo a la administración de justicia, donde en forma expresa se indicó que: “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad” indica a su vez que, en forma reiterada se ha hecho énfasis en que, aun cuando la habilitación se produce para casos concretos y en virtud del acuerdo entre las partes, el arbitramento es “un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido” y, por lo tanto, los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades” y que es la Constitución Política la que provee el fundamento último del arbitramento y, por ende, confiere la posibilidad de que mediante él se resuelva “en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia”, lo cual implica que “los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional”, inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, “es función pública”.

Así mismo, señala la Corte que, no es suficiente, tener la acreditación del mérito personal o profesional como único requisito para acceder, y que la distinción entre dos grupos de profesionales debe ser apreciada a partir de un referente constitucional más amplio que incluye lo preceptuado en los artículos 116, 228, el 29 sobre el debido proceso y 229 sobre acceso a la administración de justicia.

Precisó por último la Corte que, pese a ser decidido por particulares, el arbitramento constituye un verdadero proceso, lo cual impone como necesario que esté condicionado a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso, cuyas garantías son aplicables a toda actuación judicial, pues de no ser así, de nada serviría la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario

### *Características del proceso*

Definida como fue la naturaleza jurisdiccional de esta actuación, es perfectamente posible deducir las siguientes características que le son atribuibles al proceso arbitral:

- En él, se debaten el derecho de naturaleza incierta y discutible, susceptible de transacción, por lo tanto se considera un proceso de conocimiento de carácter declarativo.
- Por tramitarse bajo el modelo de audiencias, en su desarrollo se hacen efectivos los principios de oralidad, intermediación, contradicción, concentración, publicidad y legalidad.
- Deben concurrir en su desarrollo, las garantías procesales integradoras del debido proceso previstas en el art. 29 de la Constitución Política.

### *Estructura del proceso arbitral*

Es importante señalar que la nueva normativa arbitral acogió los direccionamientos que trazó la Corte Constitucional a propósito de la inexequibilidad de algunas de las disposiciones que, previstas en el Decreto 1818 de 1998, le confería facultades al director del centro de arbitraje para pronunciarse respecto a la admisibilidad de la demanda, por considerarse que este no formaba parte de los particulares a los que alude el art. 116 de la Constitución Política como investidos de la facultad para administrar justicia<sup>25</sup>, razón por la cual, con la Ley 1563 de 2012, se le da un mejor orden a dicho trámite, respondiendo en consecuencia a la idea que toda la actividad que supone la admisibilidad de la demanda y la integración del contradictorio es de competencia exclusiva del tribunal, por lo que en el nuevo modelo la función del centro de arbitraje es meramente administrativa, pues se circunscribe a convocar o designar los árbitros. Según el caso para que sean ellos quienes avoquen el conocimiento del proceso, como a continuación se explica.

---

contemplado en la legislación, por lo que se reitera, que en aquellos deben confluir las garantías procesales integradoras del derecho fundamental a un debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y que comprende entre otras, la del juez natural, el de las formas propias de cada juicio, legalidad de la conducta, y el de la prueba debida, entre otras.

25 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett.

### Integración del contradictorio

**a) Inicio del proceso arbitral.** El proceso arbitral se iniciará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código General del Proceso, previstos en el art. 82, debiéndose acompañar como prueba la existencia del pacto arbitral y bajo esa perspectiva se dirigirá al centro de arbitraje acordado por las partes.

La normativa arbitral trae las diversas alternativas en relación con el hecho de no haberse previsto a qué centro se dirige, permitiendo que se haga bien sea en el lugar del domicilio del demandado, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Sin embargo, si llegare a suscitarse un conflicto de competencia entre centros de arbitraje, deberá resolverlo el Ministerio de Justicia y del Derecho. Si no hubiere centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el del domicilio del demandado, la solicitud de convocatoria se presentará en el centro de arbitraje más cercano.

Entonces, si el proceso va dirigido contra una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda, y cuya omisión acarrea la imposibilidad de continuar con el proceso.

**b) Integración del tribunal arbitral.** Dado que esta es la actividad que se despliega para la designación de los árbitros y la correlativa instalación del tribunal, se deberá proceder de la siguiente manera, labor que, como se indicó anteriormente, es de competencia del director del centro de arbitraje, para lo cual, el Estatuto fija los siguientes parámetros:

Como primera medida, si las partes designaron los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje los citará por el medio que considere más efectivo e inmediato, para que se pronuncien en el término de cinco días respecto a su aceptación. De guardarse silencio, se entenderá como declinación de dicha designación.

En segunda medida, de no haberse designado los árbitros debiendo hacerlo, o si delegaron la designación, el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco días hagan la designación.



Ahora bien, si dicha designación fue delegada al centro de arbitraje, esta se hará mediante sorteo de la lista de árbitros, durante los cinco días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.

En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, procederá de esa manera de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación, atendiendo para el efecto la competencia que se les atribuyó en única instancia conforme al art. 19, numeral 3 de la Ley 1564 de 2012. En todo caso, las partes conservan la facultad de reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal.

Siguiendo las anteriores previsiones, dispone la normativa arbitral que a la persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario y con el propósito de precaver cualquier incidente de recusación, deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos últimos años. Igualmente, deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal con las partes o sus apoderados, medida que vista desde el principio de la economía procesal busca ante todo evitar que el trámite de designación termine fallido.

Sin embargo, si dentro de los cinco días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia que se espera del árbitro y su deseo de relevarlo con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros.

En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobreviniente que pudiere generar en

las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o la independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos o se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, el juez civil del circuito decidirá del lugar donde funcione el tribunal de arbitramento.

**c) Instalación del tribunal.** Aceptada la designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y correlativo reemplazo, el tribunal arbitral procederá a su instalación en audiencia, para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora.

Si alguno de los árbitros no concurriere, podrá presentar excusa justificada de su inasistencia dentro de los tres días siguientes. Si no presentare dicha excusa o, si presentada, no concurriere en la nueva fecha, se procederá a su reemplazo en la forma prevista en la normativa arbitral, medida que busca una parálisis innecesaria en la actuación.

De lograrse la comparecencia de los designados, en la audiencia de instalación, el centro de arbitraje entregará a los árbitros el expediente que hasta ese momento contiene las piezas procesales que en forma escritural fue presentada por el demandante, a efectos de que el tribunal proceda en el marco de sus competencias.

El tribunal elegirá un presidente y designará un secretario, quienes deberán manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco días siguientes, y serán posesionados una vez agotado el trámite de información o de reemplazo.

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código General del Proceso. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos y la contraparte no lo niegue expresamente. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, es decir la interrupción de la prescripción y de la caducidad si a ello hubiere lugar.

**d) Traslado y contestación de la demanda.** Integrado el tribunal y abogado el conocimiento de la demanda, este proferirá auto admisorio, deberá notificarse al demandado, y se correrá traslado por el término de veinte días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco días, durante los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito, cuando hubieren sido propuestas.

Ahora bien, por ser un asunto de naturaleza contenciosa de carácter declarativo, es perfectamente posible la formulación de demanda de reconvención, no obstante que al no ser posible la formulación de excepciones previas ni los incidentes, podrán alegarse los motivos que dan lugar a estos, por vía del recurso de reposición y en todos los casos deberán alegarse. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.

Así mismo, respecto a la reforma de la demanda, se prevé que una vez el demandado sea notificado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en el ordenamiento arbitral.

**e) Audiencia de conciliación.** Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvención, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados y cuyo desarrollo deberá surtirse en la forma indicada en el Código General del Proceso.

En la audiencia de conciliación el tribunal arbitral conminará a las partes para que resuelvan sus diferencias, pudiendo, de ser necesario, proponerles fórmulas de arreglo sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a un acuerdo, el tribunal lo aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo, constituyéndose esta en una forma anormal atípica de terminación del proceso.

El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan cuando la controversia recaiga sobre contratos estatales.

**f) Fijación de honorarios y gastos.** Fracasada en todo o en parte la conciliación, en la misma audiencia el tribunal fijará los honorarios y los gastos que se ocasionen con motivo del proceso arbitral, mediante auto susceptible de recurso de reposición que será resuelto inmediatamente. Para la fijación de los mismos, se tomará en cuenta la cuantía de las pretensiones de la demanda, o la de demanda de reconvencción. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes, antes del nombramiento de los árbitros, acuerden los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación.

En este propósito debemos indicar que uno de los flancos de crítica del modelo regulado a través del Decreto 1818 de 1998 era lo exagerados que, al decir de algunos, resultaban tales honorarios, razón por la cual dicha fijación fue prevista en el nuevo marco normativo de la Ley 1563 de 2012, con una suma límite para los correspondientes a cada uno de los árbitros, a la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así mismo se dispuso que los honorarios del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro. Tratándose de árbitro único, los honorarios podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento.

Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**g) Oportunidad para la consignación.** Una vez en firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte deberá consignar, dentro de los diez días siguientes, lo que a cada una le corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos que correspondan a ese específico proceso.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto, prestará mérito ejecutivo la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya adquirido firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, mediante auto el tribunal declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso, constituyéndose esta en otra forma anormal de terminación del proceso sin que ello implique que puedan los interesados acudir a la jurisdicción ordinaria.

**h) Distribución de honorarios.** Una vez el tribunal se declare competente, el presidente entregará a cada uno de los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios, y al centro de arbitraje la totalidad de lo correspondiente por concepto de gastos, y el resto quedará depositado en la cuenta destinada exclusivamente para el efecto. El presidente distribuirá el saldo de honorarios una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Terminado el proceso o decidido el recurso de anulación, el presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes; sin embargo, el art. 48 regula lo concerniente a la pérdida y reembolso de honorarios, cuando quiera que acontezca la renuncia, remoción por inasistencia, prosperidad de la recusación y falta a los deberes de información, no obstante que la muerte, inhabilidad o incapacidad del árbitro no genera obligación de reembolsar los honorarios recibidos.

Así mismo se dispone que el árbitro que se negare a firmar el laudo arbitral perderá el derecho a recibir la segunda parte de los honorarios. Cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o su prórroga sin haber expedido el laudo, los árbitros y el secretario perderán el derecho a recibir sus honorarios, quedando incluso obligados a restituir a las partes lo que ya se les hubiere pagado o consignado, precisamente por no haber cumplido con el proferimiento del laudo durante el plazo perentorio fijado por vía del pacto arbitral o, en su defecto, por lo previsto en la ley.

Por último, debemos señalar que si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7, previstas en el art. 41, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos.

### Primera audiencia de trámite

Para el desarrollo de esta audiencia deberá tenerse en cuenta que una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición, evento en el cual pueden acontecer dos situaciones: la primera, que decida que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, por lo que se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente.

La segunda posibilidad es que, en efecto, el tribunal se declare competente por mayoría de votos, de tal forma que el árbitro que haya salvado voto cesará inmediatamente en sus funciones y será reemplazado en la forma prevista en la normativa arbitral. Nombrado el reemplazo, se reanudará y terminará la primera audiencia de trámite.

Por último, en esta misma audiencia, el tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias. Concluida esta, comenzará a contarse el término de duración del proceso, bien sea el previsto por vía del pacto arbitral o, en su defecto, por el señalado en la normativa arbitral, plazo dentro del cual deberá proferirse el laudo arbitral.

### Audiencias y pruebas

El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí, incluida, como es obvio, la teleconferencia. Para efectos del despliegue de la actividad probatoria, el tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de las ritualidades civiles.

En este propósito debemos indicar que las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno para evitar dilación sin justa causa; las que las

nieguen son susceptibles de reposición y ello porque si bien dicho auto es susceptible de apelación, conforme a las previsiones señaladas en el Código General del Proceso, por carecer el tribunal de arbitramento de superior jerárquico, no hay lugar al recurso de alzada. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código General del Proceso. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y solo falte la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practica y allega la referida prueba.

Para todos los efectos legales, la actividad probatoria se deberá desplegar atendiendo las disposiciones que sobre la materia tiene el Código General del Proceso, a partir de los artículos 164 a 277, sin perjuicio, claro está, en lo que en aspectos específicos regule la normativa arbitral, como acontece, por ejemplo, con el peritazgo.

Pues bien, tratándose de prueba pericial se tiene previsto que en la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente la sumas que deberán consignar en la cuenta los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales durante el término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá el dictamen durante el término que prudencialmente le señale el tribunal y de ser presentado oportunamente se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez días, plazo dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, y de ser considerabas viales por el tribunal, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Durante el término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, y donde podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia, si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.

#### Medidas cautelares

La Ley 1563 de 2012 consagra la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda pedir medidas cautelares o que el tribunal pueda ordenar las que serían procedentes de tramitarse en el proceso ante la justicia ordinaria o en el contencioso administrativo, cuyos decretos, práctica y levantamiento, se someterán a las normas del Código General del Proceso, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Así mismo se consagra la medida cautelar innominada, tal y como fue explicada en el capítulo 7, que sobre el arbitramento se encuentra en esta misma obra.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de la parte, procederá a cancelarla.

#### Audiencias de alegatos y de laudo

Concluida la instrucción del proceso, y desplegada en su totalidad la actividad probatoria, el tribunal oirá en audiencia las alegaciones de las partes por un espacio máximo de una hora, sin que interese el número de sus integrantes. En el



curso de la audiencia, las partes podrán entregar sus alegatos por escrito. A continuación, el tribunal señalará día y hora para audiencia en la que ha de proferir el laudo, en la que se dará lectura a la parte resolutive de este.

#### El laudo arbitral. Efectos jurídicos

Se denomina “laudo arbitral” al pronunciamiento que se adopta por parte del tribunal luego de agotado todo el trámite arbitral y, por tanto, sus efectos se asimilan a la sentencia judicial. En consecuencia, atendiendo la naturaleza de esta actuación, el fallo que se profiere equivale a una verdadera sentencia, por lo cual sus efectos serán equivalentes a los que se producen por esta, pues se resuelven las pretensiones y las excepciones perentorias o de fondo.

Por lo anterior, se ha considerado que: “Los árbitros deciden por medio de un laudo que adquiere ejecutoriedad inmediata, y está revestido del carácter de cosa juzgada, en sentido formal y material, susceptible de ser impugnado de modo extraordinario por anulación y revisión”.<sup>26</sup>

Este pronunciamiento, por asimilarse a las sentencias, y en lo posible, deberá contener como mínimo, los siguientes requisitos:

- La indicación de las partes.
- Un resumen de las cuestiones planteadas en el proceso.
- Las motivaciones del tribunal respecto a los hechos y material probatorio.
- Los fundamentos legales o jurídicos o, en su defecto, las razones de equidad.
- En la parte motiva y una vez analizadas las pruebas, los árbitros exponen las razones jurídicas o en equidad que los llevan a tomar su decisión.
- En la parte resolutive se deciden todas las pretensiones, así como las excepciones de mérito que hayan formulado las partes.
- Así mismo se ordenará la protocolización del expediente en una notaría que corresponda al círculo de la sede del tribunal; no obstante, la no protocolización del expediente no impide la ejecución del laudo en Colombia, contrario a lo que sucede en otros países, cuando fuera el caso y antes de la protocolización se pedirá el registro del laudo, de ser necesario.

26 Héctor Arévalo, Arbitramento, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2017), 25.

- Se ordenará también el levantamiento de las medidas cautelares practicadas siempre que se hayan decretado contra la parte vencedora.
- En el laudo deberá resolverse lo referente a la tacha de testigos y a la objeción a los dictámenes periciales.
- Se realizarán las liquidaciones de las costas y de cualquier otra condena.
- El laudo es ejecutable en forma inmediata aun en el evento de interponerse recurso de anulación.
- De existir salvamento de voto, este deberá sustentarse en el mismo momento en que se profiere el auto arbitral.
- El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, incluso por quien hubiere salvado el voto. La falta de firma de alguno de los árbitros no afecta la validez del laudo. De haber disidencia, se deberán expresar por escrito los motivos de la discrepancia, el mismo día en que se profiera el laudo, medida que opera de igual forma cuando quiera que haya salvamento de voto.
- Proferido el laudo, sin embargo, es procedente su aclaración, corrección y adición del laudo dentro de los cinco días siguientes a su notificación, de oficio o a solicitud de parte.

#### Recursos contra el laudo arbitral

Como expresión de los actos procesales de impugnación que permiten la materialización del derecho de contradicción, se ha dicho que:

[...] Conforme la naturaleza del proceso arbitral, y dada la celeridad que con el trámite se pretende imprimir a la actuación, dentro de este no tiene cabida el principio de la doble instancia, de acuerdo con lo cual, el laudo arbitral no se sujeta al recurso de apelación, de común aplicación en las sentencias judiciales, como lo señalamos anteriormente, ya que por una parte, su procedencia representaría un alargamiento en el procedimiento, que impediría el cumplimiento del fin último del arbitramento que es dar una alternativa de pronta solución, y por otra, por la sencilla razón de que en la práctica el tribunal de arbitramento no tiene superior jerárquico.

Teniendo en cuenta que al tribunal no le es permitido revisar su propia decisión, la ley ha establecido a favor de las partes, los recursos extraordinarios de anulación y

revisión del laudo arbitral, este último por las mismas causales establecidas en el Código General del Proceso, para tal efecto.<sup>27</sup>

**1) Recurso extraordinario de anulación.** Deberá interponerse, debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral con indicación de las causales invocadas, durante los treinta días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se deberá correr traslado a la otra parte por quince días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso, siendo esta, la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial, correspondiente a la jurisdicción donde sesionó el Tribunal, en materia de contratos privados, en tanto que, tratándose de contratos estatales, lo será la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

**a) Causales del recurso de anulación.** Son causales del recurso de anulación, conforme al art. 41, de la Ley 1563 de 2012, las siguientes:

- La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.
- La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
- No haber constituido el tribunal en forma legal.
- Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
- Haber negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haber dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquella pudiera tener incidencia en la decisión.
- Haber proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
- Haber fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.

27 Ramón Antonio Peláez Hernández, "Los mecanismos" 164.

- Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
- Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Respecto a las causales 1, 2 y 3, solo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

Por su parte, la causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

**b) Trámite del recurso de anulación.** La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, o si no se hubiere sustentando o en caso de que las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en la normativa arbitral.

Admitido el recurso, el expediente pasará al despacho para sentencia, que deberá proferirse dentro de los tres meses siguientes. En ella se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar.

La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión.

La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.

**c) Efectos de la sentencia de anulación.** Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del art. 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada durante el proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación.

La sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o el contencioso administrativo, según el caso.

Si el recurso no prospera, se condenará en costas al recurrente salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

**2) Recurso extraordinario de revisión.** Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, por las causales y mediante el trámite señalado en el Código General del Proceso. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que corresponda en derecho.

La competencia de acuerdo a la Ley 1563 de 2012 para conocer de este recurso, se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de pactos arbitrales en contratación privada, en tanto que si es pública, lo será la misma Sección Tercera del Consejo de Estado.

**a) Causales.** Corresponden a las mismas contenidas en el art. 355 del Código General del Proceso, a saber:

- Haber encontrado, después de pronunciada la sentencia, documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
- Haber declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
- Haber basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.
- Haber fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

- Haber dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.
- Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.
- Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad.
- Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado *curador ad litem* y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo, no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.

**b) Término para interponer el recurso.** El recurso podrá interponerse durante los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia cuando se invoque alguna de las causales consagradas en los numerales 1, 6, 8 y 9, enunciados anteriormente.

Cuando se alegue la causal prevista en el numeral 7, los dos años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco años. No obstante, cuando la sentencia debe ser inscrita en un registro público, los anteriores términos solo comenzarán a correr a partir de la fecha de la inscripción.

En los casos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5, deberá interponerse el recurso dentro del término consagrado en el inciso 1, pero si el proceso penal no hubiere terminado se suspenderá la sentencia de revisión hasta cuando se produzca la ejecutoria del fallo penal y se presente la copia respectiva. Esta suspensión no podrá exceder de dos años.

**c) Formulación del recurso.** El recurso se interpondrá por medio de demanda, la que deberá reunir los siguientes requisitos:

- Nombre y domicilio del recurrente.

- Nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia para que con ellas se siga el procedimiento de revisión.
- La designación del proceso en que se dictó la sentencia, con indicación de su fecha, el día en que quedó ejecutoriada y el despacho judicial en que se halla el expediente.
- La expresión de la causal invocada y los hechos concretos que le sirven de fundamento.
- La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer.

A la demanda deberán acompañarse las copias de que trata el art. 89.

**d) Trámite.** La corte o el tribunal que reciba la demanda examinará si reúne los requisitos exigidos, y si los encuentra cumplidos solicitará el expediente a la oficina en que se halle. Sin embargo, si estuviere pendiente la ejecución de la sentencia, aquel solo se remitirá previa expedición, a costa del recurrente, de copia de lo necesario para su cumplimiento. Con tal fin, este suministrará en el término de diez días, contados desde el siguiente a la notificación del auto que ordene remitir el expediente, lo necesario para que se compulse dicha copia, so pena de que se declare desierto el recurso. Recibido el expediente se resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten.

Se declarará inadmisibile la demanda cuando no reúna los requisitos formales exigidos en el artículo anterior, así como también cuando no vaya dirigida contra todas las personas que deben intervenir en el recurso, casos en los cuales se le concederá al interesado un plazo de cinco días para subsanar los defectos advertidos. De no hacerlo en tiempo hábil la demanda será rechazada.

Sin más trámite, la demanda será rechazada cuando no se presente en el término legal, o haya sido formulada por quien carece de legitimación para hacerlo.

En ningún caso procederá la reforma de la demanda de revisión.

Admitida la demanda, de ella se dará traslado a los demandados por cinco días para que se pronuncien en torno a ella.

La contestación a la demanda deberá reunir los requisitos indicados en el art. 96 del Código General del Proceso, y no se podrán proponer excepciones previas.

Surtido el traslado a los demandados se decretarán las pruebas pedidas, y se fijará audiencia para practicarlas, oír los alegatos de las partes y proferir la sentencia.

En ningún caso el trámite de recurso de revisión suspende el cumplimiento de la sentencia.

Podrán acumularse dos o más demandas de revisión una vez se hayan notificado a los opositores, aplicando para ello las reglas previstas en este código para la acumulación de procesos.

**e) Sentencia.** Si el tribunal, o la corte —en este último caso, cuando se ataque la sentencia que resuelve la anulación—, encuentra fundada alguna de las causales de los numerales 1 a 6 o 9 referidas anteriormente, invalidará la sentencia revisada y dictará la que en derecho corresponde; si halla fundada la del numeral 8 declarará sin valor la sentencia y devolverá el proceso al tribunal o juzgado de origen para que la dicte de nuevo; y si encuentra fundada la del numeral 7 declarará la nulidad de lo actuado en el proceso que dio lugar a la revisión. Cuando la causal que prospera sea la 5 o la 6, antes de proferirse la sentencia que reemplace a la invalidada, se decretarán las pruebas que dejaron de decretarse o de practicarse por alguno de los motivos señalados en dichas causales. Cuando prospere la causal 4, se ordenará la práctica de dictamen pericial.

En la sentencia que invalide la revisada se resolverá sobre las restituciones, cancelaciones, perjuicios, frutos, mejoras, deterioros y demás consecuencias de dicha invalidación. Si en el expediente no existiere prueba para imponer la condena en concreto, antes de proferirse la sentencia que reemplace a la invalidada se dará cumplimiento a lo dispuesto en el art. 283 del Código General del Proceso.

Si se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente, y para su pago se hará efectiva la caución prestada.

### Conclusiones preliminares

Ha quedado superada la discusión respecto a la naturaleza del arbitramento, pues muy a pesar de tener su fuente en el principio de la voluntariedad contenida en el pacto arbitral, a la postre se traduce en el ejercicio de una función jurisdiccional que se le atribuye de manera temporal a los particulares que se comportan como árbitros, y en ese orden de ideas, constituye una expresión de la función pública de administrar justicia en cabeza de dichos particulares.

Al tener el carácter de función pública, el arbitraje se posiciona como un instrumento idóneo por excelencia, para hacer efectivo el derecho de acceso a la



justicia, en la medida en que, al revestir a unos particulares en calidad de árbitros para desplegar esa actividad de forma temporal, permite que de manera célere se obtenga una decisión que bajo la denominación de laudo arbitral ponga término a la controversia, que verse sobre derechos inciertos y discutibles susceptibles de transacción.

En nuestro sistema jurídico colombiano, ha sido prolífera y además enriquecedora la normativa adoptada con el propósito de instrumentar los diversos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en desarrollo de las previsiones contenidas en el inciso 4 del art. 116 de la Constitución Política, algunos de ellos enmarcados en el modelo autocompositivo, como acontece con la conciliación, la mediación y la transacción y otros, dentro del modelo heterocompositivo, como el de arbitramento y la amigable composición, siendo el arbitramento un proceso que denota las mismas particularidades que ostenta la actuación procesal que se despliega ante la jurisdicción ordinaria, y cuyo ejercicio supone el cumplimiento de la función pública de carácter jurisdiccional conferida temporalmente a unos árbitros, y que se asimila en sus efectos a la que se ventila ante aquella jurisdicción y por tanto, se encuentra la justificación del porqué cada día se acude a él, pese a lo oneroso que puede resultar ser.

El ámbito de aplicación del proceso arbitral trascendió la esfera de la contratación privada, para posicionarse en el contexto de lo público como una excelente medida para propiciar la resolución de los conflictos que se susciten en materia de contratación.



## CONCLUSIONES GENERALES

La globalización del derecho es uno de los temas de actualidad que más debates han generado en la comunidad académica y científica. Asuntos propios del derecho privado como los analizados en este libro de investigación cobran relevancia cuando son valorados como hechos sociales que constituyen relaciones, opciones, prácticas y comportamientos configurados en una red de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables.

Los resultados de las investigaciones expuestas en este trabajo se pueden sintetizar en el marco de las siguientes tendencias que establecen un panorama explícito sobre la noción de un derecho globalizado, con el ánimo de esbozar un camino que permita un mejor conocimiento sobre los temas examinados en futuras investigaciones.

Existe una evidente tendencia de la responsabilidad civil que revela una constante transformación de sus elementos estructurales, lo cual incide notablemente en la necesidad de examinar los cambios evolutivos y, sobre todo, el estado de la jurisprudencia y de las propuestas normativas que se vienen presentando en Europa, las cuales sustentan el surgimiento gradual de nuevas propuestas armonizadoras para regular los principios de la responsabilidad civil en el plano internacional.

En cuanto al tema de transferencia de la propiedad es posible vislumbrar una marcada tendencia del “derecho uniforme internacional”, de reconocerle a la compraventa un efecto obligacional. Aspecto que se logra comprobar en los

diferentes documentos de armonización en los que el contrato de compraventa carece de efectos reales. Es decir, que el paradigma causalista del *título* y el *modo* acogido en el Código Civil colombiano es el que eventualmente se está imponiendo en la mayoría de países que tienen un linaje de derecho romano-germánico.

Proteger al consumidor es una predisposición marcada en aquellos sistemas jurídicos que amparan la libre competencia económica y, por tanto, es un fin esencial que resulta congruente con la protección de los empresarios, de la competencia y del mercado. Aunque a pesar de la tendencia protectora de la norma, los derechos de los consumidores no son valorados como fundamentales, su protección se da por medio del amparo de derechos subjetivos. Así mismo, se comprueba que diferentes fuentes de derecho internacional han enriquecido los avances hacia una construcción de un marco legal que proteja la libre competencia económica y al consumidor, postura foránea que de forma notable ha orientado el sistema jurídico colombiano.

Con respecto al arbitramento, este se posiciona como una herramienta efectiva para hacer valer el derecho de acceso a la justicia, ya que reviste a ciertos particulares en calidad de árbitros para desplegar dicha actividad temporalmente. En Colombia, la normativa es abundante sobre el particular en el ámbito del derecho privado con el objetivo de instrumentar los variados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en desarrollo de la norma constitucional. El entorno de aplicabilidad del proceso arbitral trascendió la esfera de la contratación privada hacia el ámbito de lo público, como una regla para el fomento de los conflictos de naturaleza contractual.

Colombia, por proceder de la familia del *Civil Law*, responde estructuralmente a la misma dinámica normativa que suele caracterizar al tradicionalmente denominado sistema continental europeo, primordialmente de carácter normativo y en el cual la normativa del Código Napoleónico, influenciada por las instituciones del denominado derecho romano germánico, terminaron influenciando toda la cultura jurídica del nuevo mundo en los ámbitos propios del derecho civil, como en el derecho de bienes, los contratos, las obligaciones, las personas y la familia, sin que se quedara tampoco atrás el derecho procesal.

Esa marcada identidad normativa ha ido atemperándose en especial por el alcance que se suelen dar a las instituciones en cada caso concreto, a tal punto que ya confluyen en los sistemas del *Civil Law* latinoamericano, claras influencias por

virtud de la traslación de modelos propios del sistema del *Common Law*, lo que resulta explicado precisamente por la marcada influencia que ha tenido el fenómeno de la globalización que supuso traspasar las fronteras, de tal forma que se apunta a una tendencia unificadora que impone nuevos retos, cuando de aplicar la normativa se trate.

A lo anterior se suma el hecho de que la dinámica que se presenta en las diversas relaciones comerciales, no solamente ha cambiado las reglas de juego que caracterizaron la oferta y la demanda, por virtud de la aparición de una especie de “realidad virtual” que propicia acercamientos a través de las tecnologías de información, sino que además ha determinado la superación de los límites que tradicionalmente sirvieron como presupuesto para diferenciar las familias jurídicas y los correlativos sistemas previstos en cada una de ellas, para regular las relaciones tanto en el ámbito sustancial, como en lo procesal.

En este sentido, los sistemas jurídicos para responder a esas nuevas realidades se han visto abocados a adoptar en cada uno de los ordenamientos internos unos institutos que, debatidos en el seno de organismos internacionales cualificados, trazan unos estándares o parámetros que, como recomendaciones, se espera sean instrumentados en dichos ordenamientos para facilitar su inserción a la denominada unificación que como estrategia busca una identidad en ámbitos específicos como acontece, por ejemplo, en lo privado, lo comercial y mercantil, siendo entre otros el arbitramento la más clara expresión de esa nueva realidad.

Pues bien, recientemente Colombia ha experimentado reformas orientadas a adecuar el ordenamiento a esas exigencias, como expresión de lo que la comunidad internacional espera de nuestro sistema jurídico, donde no solamente el derecho sustancial se ha visto permeado sino además el procesal, que pese al rigor que suele caracterizar su regulación, ha permitido la adopción de mecanismos que buscan estandarizar modelos de carácter alternativo, entre los que se cuenta el arbitramento, y que se ubican en el escenario propio del ejercicio de la función jurisdiccional de administrar de justicia y de ahí su intrínseca relación con el derecho de acceso a la justicia; aun cuando es preciso señalar que el ensamblaje normativo que se procura debe responder en todos los casos a los principios y valores que desde la propia Constitución regentan el sistema normativo colombiano.



## BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Andrea. “La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la Economía Social de Mercado y sus implicaciones normativas”. *Prolegómenos*, 2016: 109-124.
- Albertario, Emilio. *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*. Milano: Giuffrè, 1963.
- Alessandri, Arturo. *De la compra-venta y de la promesa de venta* (Santiago: Sociedad Imprenta Litográfica Barcelona, edición facsímil 1989, 1. I, 1917).
- Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- Alessandri, Arturo. *De los contratos*. Santiago: Zamorano y Caperan, 1976.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de los derechos reales*. 5ª ed., t. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Alpa, Guido. *Responsabilità civile e danno*. Bologna: Il Mulino, 1991.
- Alpa, Guido. “Responsabilità oggettiva”. *Contratto e Impresa*, 3, (2005): s. p.
- Alpa, Guido. “Responsabilità d’impresa”. En *Digesto delle discipline privatiste*, Agg. IX, 560-594. Turín: Utet, 2014.
- Alterini, Atilio. *Responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- Alterini, Atilio. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 1ª, ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996).
- Alterini, Atilio. *Contratos civiles –comerciales– de consumo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

- Ambrosini, Roberto. L'esercizio di attività pericolose tra interesse della produzione ed esigenze di tutela dei danneggiati. *Corriere giuridico*, 5, (2017): 699.
- Ángel, Pablo, y Laura Estrada. "La protección del derecho a la libre competencia mediante la acción de grupo: una lección aún por aprender". *Revista de Derecho Privado*, (enero-junio, 2011): 2-27.
- Anibal, Atilio. *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*. Philadelphia: ALI, 2009.
- Anzani, Gaetano. Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 12017., 228.
- Aragón, Manuel. *Libertades económicas y Estado social*. Madrid: Mc Graw Hill, 1995.
- Aragón, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*, 3ª. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- Aramburo, Maximiliano. "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: Apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38, 108, (2008): 15-51.
- Arangio, Vincenzo y Giuseppe Lavaggi. *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, 1953.
- Arangio, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*, Trad. José M. Caramés Ferro, 10ª ed. Italiana. Buenos Aires: Depalma, 1952.
- Archi, Gualberto. *Il Trasferimento Della Proprietà Nella Compravendita Romana*, vol. XV. Padova: Cedam, 1934.
- Archila, Emilio. "Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia". *Contexto*, 2010: 7-45.
- Arévalo, Héctor. *Arbitramento*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2017.
- Arnaud, André-Jean, *Entre Modernidad y Globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.
- Arroyo, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Asenjo, Óscar de Juan. *La constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Astone, Antonio. "Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)". *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 78, (2017): 1115-1121.
- Aubry, Charles y Charles Rau. *Cours de Droit civil français*, t. 4. París: Librairie Joseph Gibert, 1902.
- Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, t. I., 4ª ed. Bogotá: Temis, 1993.



## •Bibliografía•

- Badenes, Ramón. *El contrato de compraventa*, t. I. Barcelona: José María Bosh, 1995.
- Baena, Felisa. *La objetivación de la responsabilidad civil en Colombia: una mirada a partir de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL)*. Parte 2, 2011. Consultado 5 de octubre de 2017. [http://www.morenoqabogados.com/datas/La\\_objetivacion\\_de\\_la\\_responsabilidad\\_civil\\_en\\_Colombia\\_por\\_felisa\\_baena\\_aramburo.pdf](http://www.morenoqabogados.com/datas/La_objetivacion_de_la_responsabilidad_civil_en_Colombia_por_felisa_baena_aramburo.pdf).
- Barbarisi, Arianna. “L’onere della prova nella responsabilità sanitaria”. *I contratti*, 2, (2017): 217.
- Barcelona, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Milán: Giuffrè. 2008.
- Bardey, David, Alejandro Becerra, y Pilar Cabrera. *Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo, 2013.
- Barón Barrera, Guillermo. *El derecho de la competencia en los grupos empresariales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- Barría, Rodrigo. “La presunción de culpa por el hecho propio en el derecho europeo”. *Revista Ius et Praxi* 2, 20, (2014): 275-306.
- Barrientos, Javier. “De la presunción general de culpa por el hecho propio. A propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro ‘Código civil imaginario’ (II)”. *Revista chilena de derecho privado*, 13 (2009). Consultado agosto 19, 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/50718-80722009000200001>.
- Barros, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Beck, Ulrich. *La sociología del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- Bejarano, Ramiro. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5ª ed. Bogotá: Temis, 2011.
- Beltrán de Heredia, Pablo. “La tradición como modo de adquirir la propiedad”. *Revista de Derecho Privado*, 2, t. LI, febrero, (1967).
- Bellelli, Alessandra. *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*. Padua: Cedam, 1983.
- Belli, Guido. “La responsabilità oggettiva”, *La responsabilità civile*, 5, (2011), 373.
- Beltrán de Heredia, Pablo. “La tradición como modo de adquirir la propiedad”. *Revista de Derecho Privado*, 2, t. LI, febrero, (1967).
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil*. Navarra: Aranzadi, 2006.
- Bermúdez, Martín. *La acción de grupo: Normativa y aplicación en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.
- Bertocchi, Antonella. “Responsabilità delle strutture sanitarie, pubbliche e private”. En *La responsabilità medica*, 149, Ugo Ruffolo (a cura di), Milán: Giuffrè, 2004.
- Bianca, Massimo. *La vendita e la permuta*. Torino: Utet, 1972.

- Bianca, Massimo. *Derecho civil: El contrato*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Bianca, Massimo. “Qualche spunto critico sugli attuali orientamenti (o disorientamenti) in tema di responsabilità oggettiva e di danni da cose”. *Giustizia civile*, (2010), 19-30.
- Bianca, Massimo y Francesco Donato Busnelli, coords. *La protezione dei dati personali. Commentario al d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, I*. Padua: Cedam, 2007.
- Bigliazzi Geri, Lina y otros. “Obbligazioni e contratti”. En *Derecho Civil III*, Vol. 3. Turín: UTET, 1989.
- Bohórquez, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Generalidades contractuales*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2013.
- Bonetta, Angelo. “Per la serie Anche gli avvocati piangono: il procuratore risponde della nullità dell’atto di citazione”. *Danno e responsabilità*, 1, (2003): 68.
- Bonfante, Pietro. *Instituciones de derecho romano*, traducción Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid: Reus, 1965.
- Bonfante, Pietro. *Corso di diritto romano*, vol. 2, Milano: Giuffrè, 1968.
- Bonivento, Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008.
- Botero, Cecilia. *El Derecho antitrust o de la libre competencias en los Estados Unidos*. Medellín: Librería Señal Editora, 2002.
- Bourdoiseau, Julien. *Notion et rôle de la faute*. En Seminario La place de la responsabilité objective, organizado por el Groupe de recherche sur la responsabilité civile en Europe, Journées stephanoises, 26-27 noviembre de 2009, 2009.
- Breda, Rossana. “Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi”. *Contratto e impresa*, 3, (2014):768-796.
- Brugi, Biagio. *Instituciones de derecho civil con aplicación a todo el derecho privado*, 1ª ed. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1946.
- Brusco, Carlo. “Il principio di colpevolezza, la responsabilità oggettiva e la natura normativa della colpa”. *Danno e responsabilità*, 8-9 (2015): 788-796.
- Bueres, Alberto. *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- Bugliolacchi, Leonardo. “L’assicurazione obbligatoria della r.c. da sperimentazione clinica dopo il d.m. 14 luglio 2009”. *Responsabilità civile e previdenza*, 6, (2009):1434-1434.
- Busnelli, Francesco. *La lesioni del crédito da parte di terzi*. Milán: Giuffrè, 1964.
- Busnelli, Francesco. “Nuove frontiere della responsabilità civile”. *Jus*, (1976): 62-78.
- Busnelli, Francesco. “Le nuove frontiere della responsabilità civile”. *Rivista critica di diritto privato*, (1988): 469.

•Bibliografía•

- Busnelli, Francesco. "Illecito civile". En *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. XV, 25-50. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1991.
- Busnelli, Francesco. "Itinerari europei nella 'terra di nessuno tra contratto e fatto illecito': la responsabilità da informazioni inesatte". *Contratto e impresa* 2, (1991): 539-60.
- Busnelli, Francesco. *Bioetica e diritto privato: frammenti di un dizionario*. Turín: Giappichelli, (2001): 217.
- Busnelli, Francesco. "L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni". *Rivista di diritto civile* (2006): 439-58.
- Busnelli, Francesco y Salvatore Patti. *Danno e responsabilità civile*. Turín: Giappichelli, 2013.
- Bussani, Mauro. "La responsabilità civile al tempo della crisi". *Rivista trimestrale di diritto di procedura civile* 2 (2015): 567-581.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, vol. I. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Caffaggi, Fabrizio. *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità civile*. Padua: CEDAM, 1996.
- Cairo, Víctor. *La globalización y el comercio internacional*. Consultado mayo 20 de 2017. <http://www.monografias.com/trabajos25/globalizacion-comercio/globalizacion-comercio.shtml>
- Cajazzo Marzano, Luigi. "La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi". *Corriere giuridico*, 4, (2013).
- Cámara de Representantes. Cámara de Representantes, Proyecto de Ley No 333 de 2008, 195 Senado, Ponencia para Segundo Debate de la Cámara. Gaceta del Congreso No. 335. 19 de Mayo de 2009.
- Carballo Piñeiro, Laura. "Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del artículo 6 del Reglamento Roma II". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* (2007).
- Cardilli, Ricardo. "Contrato y obligación: importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil". *Revista de Derecho Privado*, 15, (2008): 41-57.
- Carval, Suzanne. *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, 2009.
- Castán Tobeñas, José. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, discurso de apertura de los tribunales*. Madrid: Reus, 1956.
- Castillo, Mario. *El bien material del contrato de compraventa: Estudio del capítulo segundo del contrato de compraventa en el Código Civil*. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
- Castronovo, Carlo. "Le nobili frontiere della responsabilità civile". *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539.

- Castronovo, Carlo. "Sentieri di responsabilità civile europea". *Europa e diritto privato*, 4, (2008): 787-808.
- Ceccherini, Grazia. "Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità". En *Il codice civile. Commentario*, Pietro Schlesinger, coord. Milán: Giuffrè, 2016.
- Celani, Marcelo, y Leonardo Stanley. *Política de competencia en América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 2003.
- Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, traducción española de la tercera edición italiana. Madrid: REUS, 1925.
- Chironi, Gian Pietro. *La colpa nel diritto civile odierno*. Milán: Giuffrè, 1903.
- Cidoncha Martín, Antonio. "La posición constitucional de los consumidores". *Revista de estudios políticos*, 153 (2011): 113-150.
- Cidoncha, Antonio. *La libertad de empresa*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.
- Cirillo, Francesco Maria. "I limiti della responsabilità civile del professionista intellettuale". *Giustizia Civile*, 6, (2005): 231-248.
- Clarizia, Oriana. "La responsabilità contrattuale del medico dipendente dopo la riforma Balduzzi: criterio letterale e ragioni costituzionali a confronto". *Nuove leggi civile commentate*, 6, (2014): 1117 y 1125.
- Claro Del Solar, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: De las obligaciones y los contratos, t. 11, vol. 2. Santiago: Imprenta Nascimento, 1936.
- CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Viena: Secretaría de la CNUDMI. [https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)
- Colin, Ambrosio y Henry Capitant. *Curso elemental de derecho civil*. Madrid: Reus, T. II, Vol. II, 1941.
- Comandé, Giovanni. "Le regioni della responsabilità sanitaria e il governo del risarcimento". En *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, coord. Giuglio Ponzanelli, Vol. I, 532-545. Milán: Giuffrè. 2008.
- Comandé, Giovanni. *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*. Turín: Giappichelli, 1999.
- Comisión Europea. *Informe sobre la política de competencia, 2010*. Bruselas, 2010.
- Comité Económico y Social Europeo. "Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Regulación de la Competencia y los Consumidores". *Diario oficial de la Unión Europea*, 16 de diciembre, 2006.
- Comporti, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Nápoles: Ediciones políticas italianas, 1965.

## •Bibliografía•

- Comporti, Marco. “Fatti illeciti: le responsabilità oggettive (artt. 2049-2053). En *Il codice civile. Commentario*, coord. Pietro Schlesinger, Milán: Giuffrè, 2009.
- Congreso de Colombia. Ley 1480 de 2011 Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, 2011.
- Congreso de Colombia. Ley 430 de 1998 (enero 16). Por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones, 1998.
- Consejo de las Comunidades Europeas. Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985. Relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. N° L (1985): 210-229.
- Corsaro, Luigi. *L'imputazione del fatto illecito*. Milán: Giuffrè, 1969.
- Cortázar Mora, Javier. “Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el sistema antimonopolios de la región”. *Revista CEDEC de Derecho de la Competencia* 2, 2, (enero-diciembre, 2006): 123-152.
- Cortés, Édgar. “Fluidez y certeza del derecho ¿hacia un sistema abierto de fuentes?”. En Gonzalo E. Ramírez Cleves (ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Covucci, Dario y Giuglio Ponzanelli. “Responsabilità civile dell’avvocato: un sistema in evoluzione”. *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, (2008): 421-433.
- Cuñat Edo, Vicente. Competencia desleal y protección de los consumidores. Valencia: Universidad de Valencia, 2010.
- David, Rene. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid: Aguilar, 1973.
- Davola, Antonio. “Infezioni nosocomiali e responsabilità della struttura sanitaria”. *Danno e responsabilità*, 3 (2017): 357-360.
- De Ángel Yagüez, Ricardo. *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*. Barcelona: Civitas, 2013.
- De Ángel Yagüez, Ricardo. “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración”. *Boletín JADO, Bilbao: Academia Vasca de Derecho XIII*, 26 (2014): 7-61.
- De Castro y Bravo, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.
- De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1975.
- De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel. Excepciones y exenciones particulares a la aplicación de la ley de protección de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Contexto, 2010: 97-113.

- De Lorenzo, De Miguel. “Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado”. En *El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, editado por N. E. Alterini, A. y Nicolau, 65-67. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- De Los Mozos, José. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 2a. ed. Barcelona: Ariel, 1998.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2002.
- De Trazegnies Granda, Fernando. *La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. IV, T. Fondo Editorial PUCP, 1999.
- Degni, Francisco. La compraventa. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1957.
- Diez, Fernando. “Los objetivos del derecho antitrust”. *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 224, (marzo-abril, 2003): 32-52.
- Diez, Luis. *La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español*, t. XIX, fascículo III, julio-septiembre. Madrid: Anuario de Derecho Civil, 1966.
- Diez, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, 1970.
- Diez, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., t. I. Madrid: Civitas, 1996.
- Diez, Luis. *Acuerdos regionales de competencia en América Latina y el Caribe (working paper)*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2013.
- Domenici, Ranieri y Guidi, Benedetta. 2013. Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione. *Corriere giuridico*, 4, 353.
- Domenici, Ranieri y Guidi, Benedetta, “Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione”. *Danno e responsabilità* 4 (2014): 353 y 354.
- Ducci, Carlos. *Responsabilidad civil (extracontractual)*. Santiago de Chile: Imprenta El Imperial, 1936.
- Ducci, Carlos. *Responsabilidad civil. Actividades peligrosas-hecho de las cosas-circulación de vehículos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- Enneccerus, Ludwing. *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*. Marbur: 1889.
- Enneccerus, Ludwing. *Tratado de derecho civil. T. II: Derecho de las obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1971.
- Erhard, Ludwig. *Bienestar para todos*. Valencia: Fundación Ignacio Villalonga, 1957.
- Esborraz, David Fabio. *El efecto obligacional: Otra ‘diferencia específica’ de la noción de contrato del sistema jurídico latinoamericano. Memoria del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*. (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011).

## •Bibliografía•

- Escobar, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1994.
- Espinoza, Juan. “La manifestación y la declaración de la voluntad”. *Revista Justicia y Derecho*, 1, enero (2008). Consultado noviembre 22, 2016. <http://justiciayderecho.org.pe/revista1/articulos/manifestacion.pdf>.
- Estrada, Eduardo, Raúl Ignacio Rodríguez Magdaleno e Ignacio Fernández Chacón. *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*. Madrid: Reus, 2011.
- Faccioli, Mirko. “La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. Legge Gelli-Bianco): profili civilistici, Seconda parte”. *Studium Iuris*, 7-8, (2017):781-790.
- Falla, Alejandro y Quintana, Eduardo. “Construyendo una estrategia común: el derecho de la competencia en la Comunidad Andina”. *Revista Themis*, 47, (2003): 175-193.
- Farina, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Feola, María. “La responsabilità dei professionisti legali”. *Danno e responsabilità*, 11, (2014): 985-994.
- Fernández, Carlos. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008.
- Fernández, Carlos. *El Código Civil peruano de 1984: su elaboración, sus aportes, las enmiendas que reclama 66º*. Lima: Themis, 2014.
- Fernández, Raymundo L. *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, 2ª ed., vol. III-A. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- Ferrari, Mariangela. “La nuova normativa per un approccio armonizzato alla regolamentazione delle sperimentazioni cliniche nei paesi dell'Ue”. *Responsabilità civile e previdenza*, 2, (2016): 707.
- Fikentscher, Wolfgang. “Las tres funciones del control de la economía (derecho antimonopolio). *Revista de derecho mercantil* I, 172-173 (1984): 459-486.
- Flume, Werner. *El negocio jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- Font Galán, Juan Ignacio. *Constitución Económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Fortino, Marcella. *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*. Milán: Giuffrè, 1984.
- Franzoni, Massimo. “Prevenzione e risarcimento del danno da prodotti industriali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1982): 101-18.
- Franzoni, Massimo. “Art. 2047 del CC”. En *Commentario del codice civile Scialoja, Branca*, Francesco Galgano coord., 326. Boloña: Zanichelli, 1993.
- Franzoni, Massimo. “Art. 2048 del CC”. En *Commentario del codice civile Scialoja, Branca*, Francesco Galgano coord., 365. Boloña: Zanichelli, 1993.

- Franzoni, Massimo. "Art. 2050 del CC". En *Commentario del codice civile Scialoja, Branca*, Francesco Galgano coord. Boloña: Zanichelli, 1993.
- Franzoni, Massimo. "Art. 2053 del CC". En *Commentario del codice civile Scialoja, Branca*, Francesco Galgano coord., 622. Boloña: Zanichelli, 1993.
- Franzoni, Massimo. "Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità". *Contratto e impresa*, 3, (2015): 587-606.
- Franzoni, Massimo. *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*. Turín: Giappichelli, 2016.
- Franzoni, Massimo. "Colpa e linee guida nella nuova legge". *Danno e responsabilità*, 3, (2017), 271-272.
- Friedmann, Wolfgang. *El derecho en una sociedad en transformación*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Galgano, Francesco. "Le mobili frontiere del danno ingiusto", *Contratto e impresa*, (1985), 159.
- Galgano, Francesco. 1990. *Diritto civile e commerciale*, II. Padua: Cedam.
- Gallard, Enmanuel. *Aspectos filosóficos del arbitraje internacional*. Colección Cátedra de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de valores, serie Arbitraje Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana, Grupo Bancolombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- García, Manuel. Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución. En *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, de Manuel Ramírez. Zaragoza: Libros Pórtico, 1979.
- Gil Jorge. *Nuevo Régimen de Arbitramento*, 3ª ed. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.
- Giorgi, Jorge. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno: Fuentes de las obligaciones. Obligaciones nacidas de la ley, continuación y fin, transmisión de las obligaciones*, 2ª reimpresión, vol. 6. (Madrid: Reus, 1978).
- Giorgiani, Michele. "La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione". *JUDICIUM*, (2012): 1-30.
- Giudici, Giuseppe. "Sperimentazioni cliniche e polizze assicurative: note comparate con la disciplina svizzera". *Diritto commerciale internazionale*, 3, (2010): 493.
- Gobierno de Colombia, Cancillería. *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)*. Consultado mayo 19, 2017. <http://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/inter-governmental/unidroit>
- Gomaa, MK. "La réparation du préjudice causé par les malades mentaux". *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, (1971): 49.
- Gómez, César. *De los principales contratos civiles*. Medellín: Diké, 1983.
- Gómez, José J. *Conferencias de derecho civil bienes*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1960.



•Bibliografía•

- Gómez, José. “Concepto e finalidades do dereito de defensa da competencia: especial referencia á promocion da competencia en tempos de crise”. En Manuel José Vásquez Pena (coord.), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 17-30. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.
- Gómez, Xavier. “Los derechos de propiedad intelectual como restricción a la competencia económica”. *Foro Revista de Derecho UASB*, 1, (2003): 85-121.
- Gómez, Yazmín. *Solución pacífica, conciliación y arbitraje*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- González, Eudoro. *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*. Medellín: Universidad de Antioquia. Colección pequeño foro, 1981.
- Gorgoni, Marilena. 1999. Disfunzioni tecniche di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica. Responsabilità civile e previdenza, 1999, 997.
- Gorgoni, Marilena. “Corollari della contrattualizzazione della responsabilità nosocomiale e professionale medica”. *Resp. civ. e prev.*, 4 (2008).
- Gorgoni, Marilena. “Colpa lieve per inosservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno”. Responsabilità civile e previdenza, 1, (2015):173.
- Granelli, Carlo. “La medicina difensiva in Italia”. *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 22, (2016): 22-30.
- Grazzini, Barbara. “Responsabilità dell’ercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»”. *Corriere Giuridico*, 10, (2013): 255-284.
- Green, Leon. “The Duty Problem in Negligence Cases”. *Columbia Law Review XXVIII* (1928): 1014-50.
- Grotteria, Francesca. “Il paradigma della responsabilità civile nella sperimentazione clinica: alla ricerca di un equilibrio tra canoni tradizionali ed incertezza scientifica”. *Rivista italiana di medicina legale*, (2017).
- Gual, José. *Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Henderson, James, y Aaron Twerski. Closing the American Products Liability Frontier: the Rejection of Liability Without Defect. *New York University Law Review* 66 (1991): 1263–1331.
- Henderson, James, y Theodore Eisenberg. “The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change”. *University of California LA Law Review* 37 (1990): 479-554.
- Herrera, Carmen. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*. Madrid: La ley, 2006.
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones, concepto estructura vicisitudes*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2002.

- Hinestrosa, Fernando. "El Código Civil de Bello en Colombia". *Revista de Derecho Privado*, 10, (2006).
- Ibarra Pardo, Gabriel. *La política de competencia en la Comunidad Andina de Naciones*, vol. III. Colección Derecho Económico. Homenaje a Enrique Low Murtra, 65-92. Bogotá: Universidad Externado, 2001.
- Iglesias, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 2002.
- Ihering, Rudolf Von. *La posesión*, 2ª ed. Madrid: Reus, 1926.
- Infantino, Marta. "Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive". *Rivista critica di diritto privato* 4 (2010): 273-312.
- Instituciones De Justiniano: Libro 2, Título 1, 41.
- Institutas De Gayo: 2, 18, 20.
- Jansen, Nils. "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna". *Indret* 2 (2003). Consultado marzo 20, 2017. [www.indret.com](http://www.indret.com).
- Jenny, Frédéric. "Razón de ser del derecho de la competencia y misiones encomendadas a las autoridades". *Ekonomiaz*, 61 (primer cuatrimestre, 2006): 40-55.
- Josserand, Louis. *Derecho civil: obligaciones y contratos*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984.
- Koch, Bernhard. La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la 'Responsabilidad objetiva'. *Working paper n.º 129*, (2003). Consultado octubre 17, 2017. [www.indret.com](http://www.indret.com).
- Kozolchyk, Boris. *La contratación comercial en el derecho comparado*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Lacruz Berdejo, José Luis, Sancho Rebullida F. De A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J., Elementos de derecho civil III. Derechos reales, 2ª ed., vol. I. Madrid: Dykinson, 2003.
- Laghezza, Paolo. "Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del ramendo". *Foro italiano*, I, (2002).
- Lande, Robert. Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust. *University of Pittsburg Law Review* 2, 63 (2001): 503-525.
- Lande, Robert. "Consumer Choice as the Best Way to describe the Goals of Competition Law". *University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper*, 2012: 1-13.
- Lanni, Sabrina. "La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos códigos civiles y diálogo euro-latinoamericano". *Revista de Derecho Privado* 25, (2013): 221-36.
- Larenz, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares, Ed. Colección Crítica del Derecho, 2002.
- Le Tourneau, Philippe. "La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou la relativité de son déclin)". *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1987), 503-530.

## •Bibliografía•

- Lequette, Yves, Yves-Marie y Serinet Grégoire Loiseau. “Validez del contrato. Consentimiento”. En *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, libro III, títulos III y XX, Trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Libertini, Mario. “Le nuove frontiere del danno risarcibile”, *Contratto e Impresa*, 1989.
- Lo Voi, Valentina. “La responsabilità professionale del medico tra contratto e torto: spunti comparatistici”, *Responsabilità civile e previdenza*, 3, (2016), 1053 y 1063.
- Longo, Carlo. *Corso di diritto romano: La compravendita*, vol. 4. Milano: Giuffrè, 1937.
- Longo, Carlo. *Storia del diritto romano: Costituzione e fonti del diritto*, ristampa inalterata della prima edizione, (Milano: Giuffrè, 1970).
- López De Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*, 3ª ed., t. 2. Buenos Aires: Zavalía, 2000.
- López De Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª ed., t. I. Buenos Aires: Zavalía, 1997.
- López Escudero, Manuel. “Título IV: Solidaridad”. En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo, de Araceli Mangas Martín (coord.), 474-641. Madrid: Fundación BBVA, 2009.
- López Raigada, Pierino Stucchi. “La integración en la Comunidad Andina y su sistema de protección y promoción de la libre competencia: aspectos institucionales y procesales”. *Revista de la competencia y la propiedad intelectual* 2, 2, (2006): 72-102.
- Luis, Ricardo. *Tratado de los contratos*, t. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.
- Luminoso, Angelo. “Sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell’impresa”. *Contratto e impresa*, 23 (2007): 917-918.
- Maldonado, Carlos Eduardo, “La globalización como proceso: herramientas para pensar procesos”. En Gonzalo E. Ramírez Cleves (ed.), *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Mantilla, Fabricio. “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano”. *Opinión Jurídica* 6, 11, (2007): 129-50.
- Mantilla, Fabricio. “El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno”. *Actualidad Jurídica* 16 (2007): 17-33.
- Mariconda, Vincezo. “Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro”. *Corriere giuridico*, (2001).
- Martín, Manuel. *Nociones de derecho civil patrimonial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- Martín-Casals, Miquel. “La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual”. Presentación en las Jornadas de 2011 de la Asociación de profesores de Derecho Civil, 2011. [www.drechocivil.net/esp/ponencias.php](http://www.drechocivil.net/esp/ponencias.php).

- Martín-Casals, Miquel. *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.
- Martín-Casals, Miquel. “Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”. *Indret* 2 (2005): 12.
- Martín Casals, Miquel. Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil. Presentación en el 2.º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada 14, 15 y 16 de noviembre de 2002. Consultado agosto 17, 2017. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>.
- Massimino, Francesco. “Le responsabilità nelle sperimentazioni cliniche”. *Danno e responsabilità*, 10, (2000): 953-957.
- Massimo, Fausto. “I contratti di sperimentazione clinica”. *I Contratti*, 2, (2000): 183-187.
- Mazeaud, Henry, León Mazeaud, y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Vol. I-1. Buenos Aires: Ediar, 1962.
- Mazeaud, Henry, Léon Mazeaud y Jean Mazeaud. *Lecciones de derecho civil*, parte III, vol. III. Buenos Aires: Europa América, 1962.
- Medina González, Sara. “La política de la competencia”, cap. VII. En Enrique Linde Paniagua (coord.), *Políticas de Unión Europea*, 361-434. Madrid: Colex, 2008.
- Mengoni, Luigi. “Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)”. *Rivista di diritto commerciale*, I, (1954).
- Mercado Pacheco, Pedro. “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, (2012), 341-372.
- Messineo, Francesco. *Doctrina general del contrato*, t. I. Buenos Aires: Editorial Europa-América, 1952.
- Meza, Ramón. *Manual de derecho civil. Fuentes de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Miquel, Joan. *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- Moguillansky, Graciela, y Verónica Silva. *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, 2004.
- Monateri, Pier Luigi. “Le Fonti delle Obbligazioni 3”. En *La Responsabilità Civile*, 4. Turín: UTET, 1998.
- Monje Mayorca, Diego Fernando. “La búsqueda del espíritu traslativo de la compraventa consensual: Un antiguo instrumento en la cultura jurídica latinoamericana para el fomento del comercio común. Cultura Latinoamericana”. *Revista de Estudios Interculturales*, 2, 16, (2012), 63-67.

•Bibliografía•

- Monje Mayorca, Diego Fernando. *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisonomía*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Temis, 2016.
- Montero Pascual, Juan José. “Regulación económica y derecho de la competencia”. En A. Ruiz Ojeda, *Fundamentos de regulación y competencia (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*. Madrid: Iustel, 2013.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños T.I.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1980.
- Murgo, Caterina. “La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori: una conferma che invita alla riflessione”. *Responsabilità civile e previdenza*, 2, (2016): 541.
- Navarro Suay, María del Carmen. “La promulgación de la Sherman Act.: Factores históricos, económicos y legislativos”. *Revista de Derecho Mercantil*, 253, (julio-septiembre, 2004): 1085-1118.
- Nivarra, Lucca. “La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza”. *Europa diritto privato*, (2000): 513-520.
- Nocco, Lucca. “Le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nella Legge Balduzzi: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?”. *Rivista italiana di medicina legale*, 2, (2013): 781.
- Nocco, Lucca. 2017. “La responsabilità civile canalizzata verso le aziende e i nuovi filtri per la proponibilità della domanda risarcitoria”. En M. Lovo y Lucca Nocco, Lucca (a cura de), *La nuova responsabilità sanitaria*. Milán: Giuffrè.
- Novak Talavera, Fabian. “La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico”. En *Derecho Comunitario Andino, de Allan-Randolph Brewer Carías*, 57-100. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). *Estudios económicos de la OCDE Colombia*, 2015, 48.
- Orozco Luis y Consuelo Dávila. *Breviario político de la globalización*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. 1997.
- Ortiz Blanco, Luis, Jerónimo Maíllo González Orús, Pablo Ibáñez Colomo y Alfonso Lamadrid de Pablo. *Manual de derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 2008.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis, 1994.
- Ossa Bocanegra, Camilo Ernesto. “Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 44, 120, (enero-junio, 2014): 181-219.
- Otero Lastres, José Manuel. “Organismos de promoción y protección de la libre competencia”. En Rafael Badell (coord.), *Memorias del Congreso Internacional de Derecho*

- Administrativo en homenaje al profesor Luis H. Farías Mata*, Madrid. 31-62. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- Owen, David. *Products Liability Law. 3a*. Minnesota: West Academic, 2015.
- Pace, Lorenzo Federico. *Derecho europeo de la competencia. Prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Paladini, Mauro. “Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi”. *Danno e responsabilità*, 10, (2015): 881-884.
- Paladini, Mauro. “Profili di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella sperimentazione medica”. *Riv. it. med. leg.*, 1, (2015): 148.
- Pantaleón, Fernando. “Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defences. A Critical View from Outside”, *Indret* 299, 2005. Consultado agosto 13, 2017. [www.indret.com/es/index.php](http://www.indret.com/es/index.php).
- Paradiso, Massimo. *Il danno alla persona*. Milán: Giuffrè, 1981.
- Paradiso, Massimo. “La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture”. *Danno e responsabilità*, 703, (2009).
- Pardolesi, Roberto y R. Simone. “Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)”. *Foro italiano*, V, 161. (2017).
- Pardolesi, Roberto. “Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria”. *Danno e responsabilità*, 3, (2017): 261-265.
- Partisani, Renato. “Il contratto atípico di ospedalizzazione e cura: nuove regole di responsabilità”. *La Responsabilità civile*, 12, (2007).
- Pascual y Vicente, Julio. “Mercado, competencia y Unión Europea”. En Mercedes Pedraz Calvo y David Ordoñez Solís (coords.), *El derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, 29-56. Madrid: La Ley, 2014.
- Pasquau Líaño, Miguel. *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroument*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Pasquinelli, Chiara. 2004. Responsabilità medica: la Cassazione torna ad interrogarsi sui temi della colpa e della causalità omissiva. Nuova giurisprudenza civile commentata, I, 265.
- Peláez Hernández, Ramón Antonio. *La oralidad en el sistema jurídico colombiano*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia, 2013.
- Peláez Hernández, Ramón Antonio. Elementos Teóricos del Proceso, parte especial, Tomo II, Bogotá Colombia, Ediciones Doctrina y Ley. 2015.
- Peláez Hernández, Ramón Antonio, *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Colección Tesis Doctorales, 2017.

## •Bibliografía•

- Peláez Hernández, Ramón Antonio. *Estructura del proceso civil en el contexto de la oralidad*. (Bogotá: Doctrina y Ley, 2016).
- Peláez Hernández, Ramón Antonio. *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el contexto del derecho de acceso a la justicia*. Bogotá: Doctrina y Ley, Universidad Autónoma de Colombia, 2017.
- Perales Viscasillas, María del Pilar. “Aplicación jurisprudencial de los principios de derecho contractual europeo”. En *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, editado por M. Díaz Romero y otros, 453-500. Madrid: Civitas, 2008.
- Pérez Vives, Álvaro. *Compraventa y permuta en derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 1953.
- Petit, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1985.
- Planiol, Marcel y George Ripert. *Tratado elemental de derecho civil, de los bienes*. México: Cárdenas, 1983.
- Planiol, Marcel y George Ripert. *Tratado práctico de derecho civil francés*, traducción de Mario Díaz Cruz, t. 10. La Habana: Editorial Cultural. 1954.
- Polacco, Vittorio. *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1898.
- Ponzanelli, Giulio. *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*. Bologna: Il Mulino. 1992.
- Ponzanelli, Giulio. “La responsabilità civile del professionista intellettuale”. *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2, (2010): 519-520.
- Ponzanelli, Giulio. “L'imperialismo della responsabilità civile”. *Danno e responsabilità*, 3, (2016): 221-224.
- Ponzanelli, Giulio. “La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa”. *Danno e responsabilità*, 8-9, (2016): 816-824.
- Ponzanelli, Giulio. “Malpratiche medica: la legge Bianco-Gelli”. *Contratto e Impresa* 2 (2017): 356-363.
- Porfirio Carpio, Leopoldo José. *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Pothier, Joseph. *Traité des obligations I*. París: Bernardi, 1805.
- Pothier, Joseph. *Tratado del contrato de compra y venta*. Barcelona: Imprenta y litografía de J. Roger, 1841.
- Pothier, Joseph. *Tratado de las obligaciones*. México: Tribunal Superior del Distrito Federal, 2003.
- Puig, José. *Fundamentos de derecho civil*, 2ª ed., t. III, vol. 1. Barcelona: Bosch, 1971.
- Querci, Agnese. “Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?”. *Danno e responsabilità*, 4, (2012): 353.
- Ramos, René. *De la responsabilidad extracontractual*. Santiago: Lexis Nexis, 2006.

- Real Academia de la Lengua Española, “Dar”, (En *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2009, consultado marzo 21, 2016. [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=dar.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=dar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dar.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dar)).
- Rocco, Adelaida. *Boleto de compraventa*, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Rodotà, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milán: Giuffrè, 1964.
- Rodríguez, Jaime. *Del contrato de compraventa y materias aledañas*. Bogotá: Lerner, 1960.
- Rodríguez, Pablo. Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Rojina, Rafael. *Compendio de derecho civil. Contratos*. México: Porrúa, 1994.
- Roppo, Vincenzo. “Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse”. *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, (2008): 292.
- Rubino, Domenico. *La compraventita. Tratto di Diritto civile e commerciale*. Vol. XXIII. Milán: Giuffrè, 1962.
- Rubio, Jairo. *Derecho de los mercados*. Bogotá: Legis, 2007.
- Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. “La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: Especial referencia al principio de libre competencia”. *Revista de Derecho Mercantil*, 215, (1995): 223-258.
- Salvi, Cesare. “Responsabilità extracontrattuale (Diritto Vigente)”. En *Enciclopedia del Diritto XXXIX*, 1187 y1225. Milán: Giuffrè, 1988.
- Salvi, Cesare. *La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè. 1998.
- Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Scognamiglio, Renato. *Responsabilità civile e danno*. Turín: Giappichelli, 2010.
- Seco, Enrique. *El contrato mercantil de compraventa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Smith, Adam. *La riqueza de las naciones*, 1776.
- Smorto, Guido. “Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in Civil Law e Common Law”. *Europa y diritto privato*, (2008): 425-431.
- Soletó, Helena, (dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- Soto Pineda, Jesús Alfonso. “La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio”. *Universitas*, 128 (enero-junio, 2014): 315-355.



•Bibliografía•

- Soto-Pineda, Jesús Alfonso. “La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia”. *Dikaion* 28, 23 (diciembre, 2014): 351-421.
- Soto Pineda, Luis Alfonso, y Luis Felipe Jaramillo de los Ríos. “Aspectos comunes de las escuelas de Chicago y Harvard en materia de libre competencia: El aporte del neoinstitucionalismo”. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 2016.
- Starck, Boris. *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile*. París: L. Rodstein, 1947.
- Tamayo, Alberto. *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2004.
- Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.
- Tauffret-Spinosi, Camille. “Influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos”. En *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Tenera Barrios, Francisco y Fabricio Mantilla Espinosa. “El concepto de derechos reales”. *Revista de Derecho Privado. Propiedad, Posesión & Derechos reales*, 36, (2006): 117-139.
- Tomás y Valiente, Francisco. *Manual de historia del derecho español*, Madrid: Tecnos, 1983.
- Torres Ávila, Jheison. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. 1. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012.
- Torres Ávila, Jheison et al. *Derecho público en el siglo XXI. Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.
- Trimarchi, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán: Giuffrè, 1961.
- Trimarchi, Pietro. “Voce Illecito”. (En *Enciclopedia del Diritto*, XX). Milán: Giuffrè, 1970.
- Trimarchi, Pietro. “Responsabilità professionale dell’avvocato: attuali prospettive”. *Corriere giuridico, Speciale*, 12, (2014): 5-6.
- Umani Ronchi, Giancarlo, Giorgio Bolino y Luigi Bonaccorso. “La responsabilità professionale nella sperimentazione clinica”. *Rivista italiana di medicina legale*, 3, (2000): 733.
- UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). *Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia*. Ginebra: Naciones Unidas, 2004.
- UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia. *Ley Tipo de Defensa de la Competencia*, capítulo VIII, revisado el 9-12 de julio de 2012. Ginebra: Naciones Unidas, 2012.
- UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), Comisión de Comercio y Desarrollo. *Los beneficios de la política de la competencia para los consumidores. Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre homólogos del derecho y la política de la competencia, examen de la Ley Tipo de Defensa*

*de la Competencia y Estudios Relacionados con las Disposiciones del Conjunto de Principios y Normas*. Ginebra: Naciones Unidas, 2014.

UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). “Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015.

UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). “Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Capítulo I revisado. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015.

UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). “Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto de Principios y Normas Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Capítulo XIII revisado. Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, Naciones Unidas, Ginebra, julio 6-10, 2015.

UNCTAD, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo). Guidebook on competition systems. Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes. Ginebra: Naciones Unidas, 2007. Consultado octubre 30, 2016. [http://unctad.org/es/Docs/tdrbpconf5d7rev3\\_sp.pdf](http://unctad.org/es/Docs/tdrbpconf5d7rev3_sp.pdf)

Uribe Piedrahita, Carlos Andrés y Fernando Castillo Cadena. “El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (un análisis jurídico y económico)”. *Universitas*, 110, (julio-diciembre, 2005): 225-284.

Valencia, Arturo. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 1975.

Valencia, Arturo. *Derecho civil*, 4ª ed., t. IV. Bogotá: Temis, 1975.

Valencia, Arturo. *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*. Bogotá: Temis, 1982.

Valencia, Hernán. *Teoría general de la compraventa*. Bogotá: Temis, 1983.

Valpuesta, Eduardo. (Coord.) *Unificación del derecho patrimonial europeo, Marco Común de Referencia y Derecho Español*. Barcelona: Bosh, 2011.

Vargas, Rafael. *Exégesis del derecho romano*. Bogotá: Cosmos, 1979.

Velasco San Pedro, Luis. “El derecho europeo de la competencia”. En L. A. Velasco San Pedro, *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, 39-50. Valladolid: Lex Nova.

•Bibliografía•

- Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. París: París-América, 1926.
- Vélez, Guillermo. “Los objetivos de las normas antimonopolísticas: Planteamientos para un debate”. *Revista de Derecho Privado*, 10 (1992): 123-167.
- Velilla, Marco Antonio. “Una aproximación al abuso de la posición dominante”. En *Derecho de la competencia*. Bogotá: Navegante, 1998.
- Venchiariutti, Angelo. “La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia”. *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1986, 494, notas 5 y 7.
- Viciano Pastor, Javier. *Libre competencia e intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- Visintini, Giovanna. “La colpa medica nella responsabilità civile”. *Contratto e Impresa*, 3, (2015): 530 y 532.
- Visintini, Giovanna. “Imputabilità e danno cagionato dall’incapace”. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata I* (1986): 110-25.
- Visintini, Giovanna. “La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad”. En *Tratado de la Responsabilidad Civil*, 1, 3-30. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Vivas, Tania, Woolcott, Olenka y Garzón, Tary. *El problema de las transfusiones de sangre y la transmisión del VIH*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Von Bar, Christian, Eric Clive y Shulte-Nölke. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. München: Sellier, 2009.
- Wayar, Ernesto. *Compraventa y permuta*. Buenos Aires: Astrea, 1984.
- Widmer, Pierre. *La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les projets européens*. Consultado abril, 10, 2017. [www.grerca.univ-rennes1.fr](http://www.grerca.univ-rennes1.fr), 2009.
- Widmer, Pierre. *Unification of Tort Law: Fault*. Londres, Nueva York, La Haya: Kluwer, 2005.
- Widmer, Pierre, y Pierre Wessner. “Revisión y unificación del derecho de la responsabilidad civil, anteproyecto de la Ley Federal suiza”. *Revista de responsabilidad civil y seguros* 2, (2001): 215-38.
- Woolcott, Olenka. *La responsabilidad del productor*. Bogotá: Ibañez, 2007.
- Zuleta, Alberto. “La protección constitucional del arbitraje”. En Fernando Mantilla Serrano (comp.), *Arbitraje internacional, tensiones actuales*. Bogotá: Temis, 2007.
- Zuloaga, Marco Aurelio. “La perspectiva colombiana de la protección de la competencia”. En *Derecho de la competencia*. Bogotá: Navegante, 1998.

## Leyes

### *Colombia*

#### **Congreso de la República**

- Decreto 2279 de 1989
- Ley 23 de 1991
- Ley 270 de 1996
- Ley 446 de 1998
- Ley 1563 de 2012
- Ley 1564 de 2012
- Ley 640 de 2001

#### **Presidencia de la República**

- Decreto 1818 de 1998

## Sentencias

#### **Corte Constitucional**

- Sentencia C-294 del 26 de julio de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía
- Sentencia T-057 del 20 de febrero de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara
- Sentencia C-662 de junio 8 de 2000 con ponencia de Fabio Morón Díaz
- Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra
- Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett
- Sentencia T-1222 del 12 de diciembre de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C 713 del 15 de junio de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández
- Sentencia C- 279 del 15 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt
- Sentencia C-305 del 22 de mayo de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C-450 del 16 de julio de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt
- C-978 de 2010

•Bibliografía•

- C-909 de 2012
- C-830 de 2010
- C-815 de 2001
- C-819 de 2006
- C-616 de 2001
- C-615 de 2002
- C-535 de 1997
- C-537 de 2010
- C-265 de 1994
- C-263 de 2011
- C-263 de 2013
- C-228 de 2010
- C-148 de 2015
- C-035 de 2016
- C-524 de 2995

**Corte Suprema de Justicia**

- Sentencia del 29 de mayo de 1969

**Consejo de Estado**

- Sección tercera. 4 de septiembre de 2015. Rad. 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549) M.P. Santofimio, Jaime Orlando
- Sección Tercera. 9 de julio de 2014. Rad. 66001-23-31-000-2009-00087-02 (47830) M.P. Santofimio, Jaime Orlando
- Sección Tercera. 21 de febrero de 2007. 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP). M.P. Fajardo Gómez, Mauricio
- Sección tercera. Rad. 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP). M.P. Correa Palacios, Luz Stella
- Sección Tercera Rad. 25000-23-26-000-2000-01335-01 (28.505)) M.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de marzo de 1938. M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. En G. J. t. XLVI, N.º 1938, 211–17, 1938.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. Exp: 2001-1054 Sentencia 24 de agosto de 2009. M.P. William Namén Vargas. Bogotá, 2009.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 00611, Exp. 47 00131030032005-00611-01, de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, 2010.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 31 de mayo de 1938. M.P. Liborio Escallón. En G.J. T. XLVI, N° 1938, 560–65, 1938.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de la Casación Civil de 22 de mayo de 2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. En Jurisprudencia y Doctrina, 1138. Bogotá: Legis, 2000.

### *Chile*

#### **Corte Suprema**

- Sentencia recaída en el caso Inversiones Rochet Hermanos Ltda. Y otra con Refinería de Petróleo de Concón S.A., de 5 de enero de 2009. Causa rol 2380-2008, N° 41523., 2009.

### *España*

#### **Sentencias**

##### **Tribunal Constitucional**

- STC 112/2006, de 5 de abril
- STC 88/1986, de 1 de julio
- STC 88/1986, de 1 de julio
- STC 71/1982





**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia  
en junio de 2018, impreso en papel propali-  
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,  
tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia



ESTUDIOS CONTEMPORÁNEOS  
DE DERECHO PRIVADO.  
RESPONSABILIDAD CIVIL,  
PROPIEDAD, CONTRATOS Y  
OBLIGACIONES

12

La motivación de la obra descansa en las transformaciones por las que atraviesa en la actualidad el derecho privado, que se reflejan en la adecuación de la vigente codificación a las nuevas realidades del siglo XXI, caracterizadas por una economía orientada a la productividad y al desarrollo tecnológico que afectan de manera directa las relaciones jurídicas entre los consociados. Tales cambios impactan en la contratación, la responsabilidad civil y la propiedad, así como en la necesidad de nuevas formas de solución de los conflictos y, en el área comercial, en el derecho de la competencia. Es así como desde el imprescindible prisma de la comparación jurídica se estudian las tendencias de unificación normativa que se producen, en especial, en el contexto europeo, a través de renombrados documentos de armonización como *Principles of European Tort Law* (PETL) y *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), así como las leyes modelo que en materia de contratación ha diseñado la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) para regular de manera especial el proceso arbitral. Estos instrumentos de *soft law* han permitido el análisis de comparación con las instituciones mencionadas en el contexto colombiano y latinoamericano en algunos casos, por medio de los lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios que en la actualidad ponen en jaque al legislador para hacer frente al problema de la implementación de las reformas en el campo de las instituciones del derecho privado.



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

